

Der Ungehorsam im Wehrrecht

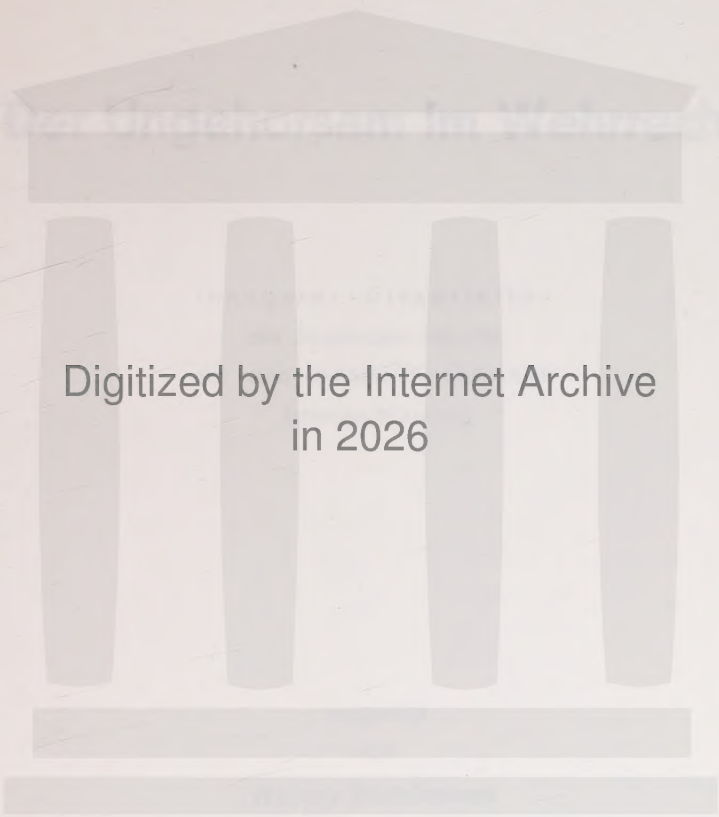
von

Werner Hirschmann

aus

Regensburg

1970 № 442



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548820_0004

Der Ungehorsam im Wehrrecht

Inaugural - Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg



vorgelegt

von

Werner Hirschmann

aus

Regensburg

Der Ungehorsam im Wehrrecht

Verfasser: Dr. Alfred Voigt
Verlag: Verlag des Wehrrechts
Jahr: 1970



Referent: Professor Dr. Alfred Voigt
Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juli 1970

Meiner lieben Frau

Inhaltsverzeichnis

	S.
Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	X
Vorwort	1
A) Der Ungehorsam im Wehrrecht	4
1. Teil: Begriffsbestimmungen	4
§ 1 Vorgesetzter und Untergebener (§ 1 Abs. I bis IV SG)	5
§ 2 Der Befehl (§ 2 Ziff. 2 WStG)	14
§ 3 Die Gehorsampflicht (§ 11 Abs. I S. 1, 2 SG)	20
2. Teil: Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit des Ungehorsams wegen Unverbindlichkeit des Befehls	25
§ 4 Allgemeines	25
1. Kapitel: Unverbindliche Befehle, die nicht befolgt werden dürfen (Verweigerung des Gehorsams als Rechtspflicht)	33
§ 5 Befehle, durch deren Ausführung ein Vergehen oder Verbrechen begangen würde (§ 11 Abs. II S. 1 SG)	33
§ 6 Befehle, die gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG) verstoßen	41
2. Kapitel: Unverbindliche Befehle, die nicht befolgt zu werden brauchen (Das Recht, aber nicht die Pflicht der Verweigerung des Gehorsams)	61
§ 7 Befehle, die an offensichtlichen Zuständigkeitsmängeln leiden	61
I. Die Auffassung des früheren Wehrrechts	61
II. Die Meinungen nach dem geltenden Wehrrecht	61

	S.
§ 8 Befehle zu nichtdienstlichen Zwecken	68
I. Der Aussagegehalt des § 11 Abs. I S. 3 SG	68
II. Der zu nichtdienstlichen Zwecken erteilte, unverbindliche Befehl im einzelnen	72
1. Befehle, die außerdienstlichen Zwecken dienen	72
2. Befehle, die dienstwidrigen Zwecken dienen	74
§ 9 Grundrechtsbeschränkende Befehle	75
I. Der Soldat als Grundrechtsträger	75
II. Die Einschränkung der Grundrechte im Wehrdienstverhältnis (Artt. 17 a, 137 Abs. I GG)	77
III. Der unverbindliche, grundrechtsbeschrän- kende Befehl im einzelnen	84
1. Befehle, die in Grundrechte eingreifen, die weder in Art. 17 a GG genannt noch mit eigenem Gesetzesvorbehalt versehen sind	85
2. Befehle, die in die in Art. 17 a GG ge- nannten oder mit einem allgemeinen Ge- setzesvorbehalt versehenen Grundrechte eingreifen	108
§ 10 Befehle, die wegen grundlegender Veränderung der Sachlage sinnwidrig geworden sind	130
§ 11 Befehle, die sich nach Inhalt, Umfang und Zweck mit einem gesetzlichen Verbot decken (gegenstandslose Befehle)	135
I. Die Auffassung von Rechtsprechung und Lite- ratur	135
II. Stellungnahme	137

	S.
§ 12 Befehle, die einen offensichtlichen Verstoß gegen die Rechtsordnung beinhalten?	139
§ 13 Befehle, die wegen des Vorliegens eines übergesetzlich-rechtfertigenden Notstandes unverbindlich sind?	140
§ 14 Unzumutbare Befehle?	142
3. Kapitel: Befehle, die nicht befolgt werden können (Unmöglichkeit des Gehorsams)	145
§ 15 Unmögliche Befehle	145
I. Der objektiv unmögliche Befehl	
II. Der subjektiv unmögliche Befehl	145
§ 16 Befehle, die anderen Befehlen inhaltlich widersprechen	146
I. Die Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung zum früheren Wehrrecht	149
II. Die Auffassungen in der Literatur zum geltenden Wehrrecht	151
3. Teil: Verbindliche, aber rechtswidrige Befehle	156
§ 17 Die Möglichkeit der rechtlichen Konstruktion verbindlicher, aber rechtswidriger Befehle	156
I. Die Meinungen in der Literatur zum früheren Wehrrecht	156
II. Die Meinungen in der Literatur zum geltenden Wehrrecht	159
§ 18 Die verbindlichen, aber rechtswidrigen Befehle im einzelnen	163
I. Befehle, deren Befolgung den Tatbestand einer Übertretung oder Ordnungswidrigkeit verwirklicht	163
II. Befehle, die Normen des Privatrechts verletzen	164
III. Befehle, die gegen Rechtsverordnungen, Gewohnheitsrecht oder Dienstvorschriften verstoßen	165

	S.
IV. Befehle, die die Regeln des Völkerrechts mißachten	166
V. Befehle, die unter nicht offensichtlicher Überschreitung der dienstlichen Befugnisse erteilt werden	168
VI. Sachlich fehlerhafte Befehle?	168
4. Teil: Sanktionen des Nichtbefolgens eines verbindlichen Befehls	170
§ 19 Die wehrstrafrechtlichen Sanktionen des Ungehorsams (qualifizierter Ungehorsam)	172
I. Ungehorsamsdelikte, die durch den Eintritt einer schwerwiegenden Folge gekennzeichnet sind	172
1. Der vorsätzliche Ungehorsam (§ 19 WStG)	172
2. Das leichtfertige Nichtbefolgen eines Befehls (§ 21 WStG)	175
3. Die vorsätzliche oder fahrlässige Wachverfehlung (§ 44 WStG)	176
4. Die vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung bei Sonderaufträgen (§ 45 WStG)	177
II. Ungehorsamsdelikte mit besonders demonstrativer Form der Verletzung der Gehorsamspflicht	178
1. Die Gehorsamsverweigerung (§ 20 WStG)	178
2. Die in Gemeinschaft mit anderen begangene Gehorsamsverweigerung durch Meuterei (§ 27 WStG) und die Verabredung zur Gehorsamsverweigerung oder Meuterei (§ 28 WStG)	181
§ 20 Die disziplinarrechtlichen Sanktionen des Ungehorsams (einfacher Ungehorsam)	182
I. Die Ahndung des Ungehorsams durch Belehrung, Warnung, Zurechtweisung oder sonstige zulässige Maßnahmen (§ 21 Abs. I WDO)	183

	S.
II. Ahndung des Ungehorsams als Dienstvergehen durch Disziplinarstrafen (§ 6 Abs. I i. V. mit §§ 10 ff, 43 ff WDO)	184
III. Sofortmaßnahmen des unmittelbaren Vorgesetzten	184
5. Teil: Der Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls	186
§ 21 Allgemeines	186
§ 22 Die irrtümliche Annahme von Unverbindlichkeitsgründen, die eine <u>Pflicht</u> zur Nichtbefolgung des Befehls begründen (§ 22 Abs. II WStG)	189
§ 23 Die irrtümliche Annahme von Unverbindlichkeitsgründen, die ein <u>Recht</u> zur Nichtbefolgung des Befehls begründen (§ 22 Abs. III WStG i. V. mit § 11 Abs. I S. 3 2. Halbsatz SG)	199
§ 24 Die irrtümliche Annahme von Unverbindlichkeitsgründen, die die Befolgung des Befehls als unmöglich erscheinen lassen	204
§ 25 Die irrtümliche Annahme von Unverbindlichkeitsgründen, die von der Rechtsordnung nicht anerkannt sind	206
B) Kritik der geltenden gesetzlichen Regelung des Ungehorsams	209
1. Ansatzpunkte für eine Kritik	209
2. Vorschläge für eine Neufassung der §§ 11 SG, 22 WStG	210

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
aaO	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
a. E.	= am Ende
a. F.	= alter Fassung
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
arg.	= argumentum
Art.	= Artikel
BayVerwBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	= Band
BDH	= Bundesdisziplinarhof
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGHSt	= Bundesgerichtshof für Strafsachen (Entscheidungen)
BGHZ	= Bundesgerichtshof für Zivilsachen (Entscheidungen)
BK	= Bonner Kommentar
BMVtdg	= Bundesministerium der Verteidigung
BR	= Bundesregierung
BT	= Bundestag
BTRA	= Bundestagsrechtsausschuß
BVerfGE	= Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen)
BVerwGE	= Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen)
bzw.	= beziehungsweise
ders.	= derselbe
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DR	= Deutsches Recht

Drucks.	= Drucksache
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
E	= Entwurf
Einf.	= Einführung
Einl.	= Einleitung
Erl.	= Erläuterung
ff	= folgende
Fußn.	= Fußnote
GA	= Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	= Grundgesetz
GS	= Der Gerichtssaal
GVBl	= Gesetz- und Verordnungsblatt
h. L.	= herrschende Lehre
HLKO	= Haager Landkriegsordnung
h. M.	= herrschende Meinung
hrsg.	= herausgegeben
i. S.	= im Sinne
i. V.	= in Verbindung
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht (Entscheidungen)
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MStGB	= Militärstrafgesetzbuch von 1872
m. w. Nachw.	= mit weiteren Nachweisen
n. F.	= neuer Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NZWehrR	= Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
Prot.	= Protokoll
Rdn.	= Randnummer

RGBL	= Reichsgesetzblatt
RGSt	= Reichsgericht für Strafsachen (Entscheidungen)
RKG	= Reichskriegsgericht (Entscheidungen)
RMG	= Reichsmilitärgericht (Entscheidungen)
Rspr.	= Rechtsprechung
s.	= siehe
S.	= Seite
SG	= Soldatengesetz
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
StVG	= Straßenverkehrsgesetz
StVO	= Straßenverkehrsordnung
u. a.	= unter anderem
UvD	= Unteroffizier vom Dienst
v.	= von bzw. vom
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl.	= vergleiche
VMBL	= Ministerialblatt des Bundesministeriums der Verteidigung
VO	= Verordnung
Vorbem.	= Vorbemerkung
VorgVO	= Verordnung über die Regelung des militärischen Vorgesetztenverhältnisses
VVDStRL	= Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WBO	= Wehrbeschwerdeordnung
WDO	= Wehrdisziplinarordnung
WDS	= Wehrdienstsenat
WK	= Wehrkunde, Organ der Gesellschaft für Wehrkunde

WPflG	= Wehrpflichtgesetz
WRV	= Weimarer Reichsverfassung vom 11. 8. 1919
WStG	= Wehrstrafgesetz
WWR	= Wehrwissenschaftliche Rundschau
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZDv	= Zentrale Dienstvorschrift
Ziff.	= Ziffer
zit.	= zitiert
ZStW	= Zeitschrift für gesamte Straf- rechtswissenschaften
ZWehrR	= Zeitschrift für Wehrrecht

Literaturverzeichnis

- von Ammon, Wilhelm: Der bindende, rechtswidrige Befehl, Diss. München 1926
- Arndt, Adolf: Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung, in: NJW 1957, S. 361 ff
- Arndt, Herbert: Grundriß des Wehrstrafrechts, München und Berlin 1966 (zit.: Grundriß)
- ders. Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, in: NZWehrR 1960, S. 145 ff
- ders. Die strafrechtliche Wirkung des militärischen Befehls nach dem Entwurf des Wehrstrafgesetzes 1956, in: GA 1957, S. 46 ff
- ders. Straftaten und Befehl, in: WK 1955, S. 502
- Arnold, Ekkehard: Zum Begriff der Gehorsamsverweigerung nach § 20 Abs. I Nr. 1 des Wehrstrafgesetzes, in: NZWehrR 1959, S. 58 ff
- Bachof, Otto: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12, S. 37 ff
- Baden, Manfred -
von Mitzlaff: Wehrdisziplinarordnung, 6. Auflage, Frankfurt 1965

- Battenberg, Ludwig: Das auf Befehl begangene Verbrechen, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 189, Serie 42
- Baumann, Jürgen: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bielefeld 1966
- Berber, Friedrich: Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. I, München und Berlin 1960
Bd. II, München und Berlin 1962
Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über die Entwürfe des Wehrstrafgesetzes und des Einführungsgesetzes zum Wehrstrafgesetz, abgedr. in Anlage 8 zur Niederschrift über die 199. Sitzung des 2. Deutschen Bundestages, Prot. S. 11315 ff
Bericht des Verteidigungsausschusses des 2. Deutschen Bundestages zum Entwurf des Soldatengesetzes, auszugsweise abgedr. in: Brandstetter, Handbuch des Wehrrechts, Bd. I, unter Nr. 200
- Boissier, Pierre: Völkerrecht und Militärbefehl, Stuttgart 1953
- von Bonin, Burkhard: Die Brandenburgischen Artikelsbriefe, in: ZWehrR Bd. II (1936/37), S. 119 ff

- Bonner Kommentar: Kommentar zum Grundgesetz, Hamburg 1950 ff, Stand: 1968
- Brandstetter, Elmar: Handbuch des Wehrrechts, Bd. I bis III, Köln und Berlin 1956 (zit.: Brandstetter, Handbuch)
- ders. Freiwilligengesetz, Soldatengesetz, Eignungsübungsgesetz, Köln und Berlin 1955 (zit.: Brandstetter, Freiwilligengesetz)
- van Calker, Fritz: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, München und Leipzig 1891
- Dahm, Georg: Völkerrecht, Bd. I, Stuttgart 1958 (zit.: Dahm, Völkerrecht)
- ders. Zur Problematik des Völkerstrafrechts, Göttingen 1956 (zit.: Dahm, Völkerstrafrecht)
- Dams, Lothar: Der militärische Ungehorsam nach § 92 MStGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, in: Wehrrechtliche Abhandlungen, Heft 9 (1938)
- Dietz, Heinrich: Handwörterbuch des Militärrechts, Rastatt 1912 (zit.: Dietz, Handwörterbuch)
- ders. Militärrecht und Wehrrecht, in: ZWehrR Bd. II (1937/38), S. 1 ff
- Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, in: Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. Mainz, Bd. IV, München 1954

- Doehring, Karl: Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, Köln und Berlin 1963
- Graf zu Dohna, Alexander: Recht und Irrtum. Zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre, Mannheim - Berlin - Leipzig 1925
- Dörken, ohne Vorname: Befehl und Gehorsam, in: ZWehrR Bd. III (1938/39), S. 5 ff
- Dreher, Eduard: Das Wehrstrafgesetz, in: JZ 1957, S. 393 ff
- Dreher, Eduard - Lackner - Schwalm: Kommentar zum Wehrstrafgesetz, München und Berlin 1958
- Dürig, Günther: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR Bd. 81, S. 117 ff
- Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz) nebst Begründung durch die Bundesregierung, in: Bundestagsdrucksache 1700, 2. Wahlperiode
- Entwurf eines Wehrstrafgesetzes und Einführungsgesetzes zum Wehrstrafgesetz nebst Begründung durch die Bundesregierung, in: Bundestagsdrucksache 3040, 2. Wahlperiode
- Eschenburg, Theodor: Die Herrschaft der Verbände, Stuttgart 1956
- Flor, Georg: Der Wehrdienst in der Konfliktsituation, in: NJW 1957, S. 243 ff

- Franck, Dittmar: Die Rechtsnatur der bewaffneten Macht, in: DVBl 1957, S. 149 ff
- von Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 18. Auflage, Tübingen 1931
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 9. Auflage, München und Berlin 1966
- Fuhrmann, Peter: Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht, München und Berlin 1963
- Gerber, Paul: Der Soldat im Zwiespalt von Gewissen und Befehl, in: Beilage zu Informationen für die Truppe, Heft 9 1968
- Girginoff, Alexander: Der bindende Befehl im Strafrecht, Diss. Leipzig 1904
- Glahn, ohne Vorname: Über das Wehrrecht (Entstehung, Begriff, Wesenszüge und Bedeutung), in: ZWehrR Bd. I (1936/37), S. 161 ff
- Hahnenfeld, Günter: Soldatengesetz mit Nebengesetzen, in: Schriften für die Bundeswehrverwaltung, Bd. II/2, Hamburg und Berlin 1963 (zit.: Hahnenfeld, Soldatengesetz)
- ders. Das Recht der Kriegsdienstverweigerung, in NJW 1956, S. 1860 ff

- ders. Wehrverfassungsrecht, Hamburg 1965
(zit.: Hahnenfeld, Wehrverfassungsrecht)
- ders. 5 Jahre Recht der Kriegsdienstverweigerung, in: DVBl 1962, S. 284 ff
- Hamel, Walter: Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Berlin 1960, Bd. IV/1, S. 37 ff
- Heckel, Johannes: Wehrverfassung und Wehrrecht des Großdeutschen Reiches, Bd. I, Hamburg 1939 (zit.: Heckel, Wehrverfassung)
- Hecker, Karl: Der Civilstrafrichter und das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, in GA Bd. 30 (1882), S. 103 ff
- Herzog, Roman: Verfassungsbeschwerde gegen Verletzung der Menschenrechtskonvention?, in: DÖV 1960, S. 775 ff
- von der Heydte, Friedrich August: Völkerrecht, Bd. II, Köln und Berlin 1966
- Hinzmann, Manfred: Die aktuelle Kriegsdienstverweigerung als beachtliche Gewissensentscheidung, Hamburg 1959 (= hektographierte Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft 37)

- Hirschmann, Hans: Der Fahneneid in katholischer Sicht, in: Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, S. 397 ff
- Höhn, Reinhard: Verfassungskampf und Heereseid, Leipzig 1938
- Ipsen, Hans Peter: Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 111 ff (zit.: Ipsen in Grundrechte, Bd. II)
- Jacobsen, Hans-Adolf: Zum Verhältnis von Heer und Staat in der Weimarer Republik, in: Beilage zu Informationen für die Truppe, Heft 5 1968
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1931, Neudruck: Offenburg 1948, Nachtrag 1950
- Jescheck, Heinrich: Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, in: Bundeswehr und Recht, Köln-Berlin-Bonn-München 1965, S. 63 ff (zit.: Jescheck, Befehl)
- ders. Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn 1952 (zit.: Jescheck, Verantwortlichkeit)
- Kalberlah, Kurt: Der bindende rechtswidrige Befehl (Beibehaltung des § 47 MStGB?), in: ZWehrR Bd. VII (1942/43), S. 297 ff

- Kern, Eduard: Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954 (zit.: Kern in Grundrechte, Bd. II)
- Klein, Friedrich: Die Europäische Menschenrechtskonvention und Artikel 25 des Bonner Grundgesetzes, in: Jahrbuch für Internationales Recht. Bd. 11 (1962), S. 149 ff
- von Knieriem, August: Nürnberg - Rechtliche und menschliche Probleme, Stuttgart 1953
- Kröll, Karl: Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht, Diss. Breslau 1904.
- Krüger, Herbert: Die Einschränkung der Grundrechte nach dem Grundgesetz, in: DVBl 1950, S. 625 ff
- ders. Das besondere Gewaltverhältnis, in: VVDStRL Heft 15 (1957), S. 109 ff
- Krüger, Hildegard: Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, in: ZBR 1956, S. 309 ff
- Köttgen, Arnold: Die Meinungsfreiheit der Soldaten, in: Von den Grundrechten des Soldaten, eine Arbeitstagung des Deutschen Bundes für Bürgerrechte in Freiburg, München 1957, S. 42 ff (zit.: Köttgen, Meinungsfreiheit)

- Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage, Bd. I - IV, Tübingen 1911 - 1914
- Lackner, Karl - Maassen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Auflage, München und Berlin 1967
- Leder, Gottfried: Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, Freiburg 1957
- Lehmann, Heinrich - Hübner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, Berlin 1966
- Leibholz, G. - Rinck: Kommentar zum Grundgesetz, 2. Auflage, Köln 1966
- Leisner, Walter: Die schutzwürdigen Rechte im besonderen Gewaltverhältnis, in: DVBl 1960, S. 617 ff
- Lerche, Peter: Grundrechte der Soldaten, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV/1, Berlin 1960, S. 447 ff (zit.: Lerche in Grundrechte Bd.IV/1)
- ders. Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl 1954, S. 626 ff
- ders. Informationsfreiheit, in: Evangelisches Staatslexikon, hrsg. von Hermann Kunst und Siegfried Grundmann, Stuttgart und Berlin 1966, S. 785 ff

- Löw, Konrad: Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage?, in: DÖV 1958, S. 516 ff
- von Mangoldt, Hermann - Klein: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1966
- Mann, Siegfried: Grundrechte und militärisches Statusverhältnis, in: DÖV 1960, S. 409 ff
- Martens, Wolfgang: Grundgesetz und Wehrverfassung, Diss. Hamburg 1960, Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches Recht, Heft 49, Hamburg 1961
- Maunz, Theodor - Dürig: Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 2. Auflage, München und Berlin 1966
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 16. Auflage, München 1968 (zit.: Maunz, Staatsrecht)
- Mayer, Helmut: Der bindende Befehl im Strafrecht, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Tübingen 1930, S. 588 ff
- Mayer, Max Ernst: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, in: Festschrift für Paul Laband, Tübingen 1908, S. 121 ff
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Auflage, München 1924

- Menzel, Eberhard: Völkerrecht. Ein Studienbuch, München und Berlin 1962 (zit.: Menzel, Völkerrecht)
- ders. Grundprobleme der Ermittlung, Anwendung und Geltung von Normen des Völkerrechts, in: JuS 1963, S. 41 ff
- Mercker, Reinhold: Das Wehrrecht im Grundgesetz, in: Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 107 vom 6. Juni 1956
- Metzner, Lambertus: Befehl und Gehorsam als Grundlage der soldatischen Ordnung, in: WK 1959, S. 487 ff
- Meyer, Karl: Der Rechtsschutz der Grundrechte im Wehrdienst, in: DÖV 1954, S. 66 ff
- Mezger, Edmund - Blei: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München und Berlin 1965
- Kurzgefaßtes Militär-Hand-Wörterbuch für Armee und Marine, Leipzig 1896
- von Mitzlaff, Hans-Jürgen: Zur Regelung des Befehls und Gehorsams im Soldatengesetz, in: WWR 1957, S. 84 ff
- ders. Dienstvorschriften in rechtlicher Sicht, in: WK 1956, S. 623 ff
- ders. Disziplinarstrafen und erzieherische Maßnahmen, in: NZWehrR 1961, S. 49 ff

- von Moltke, Helmuth: Gesammelte Schriften und Denkwürdigkeiten, Bd. VII, Berlin 1892
- von Münch, Ingo: Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, Diss. Frankfurt a. M. 1957
- Obermayer, Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart 1956 (zit.: Obermayer, Verwaltungsakt)
- ders. Der Rechtsschutz des Soldaten auf Grund der Wehrbeschwerdeordnung und Wehrdisziplinarordnung, in: DVBl 1957, S. 263 ff
- Pigorsch, Wolfgang: Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1959, Veröffentlichungen des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Heft 41
- Pickart, Kurt: Militärischer Befehl und Gehorsam, in: WK 1953, S. 10 ff
- Protokolle der 186. Sitzung vom 20. 2. 1957 und der 190. Sitzung vom 25. 2. 1957 des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht des 2. Deutschen Bundestages
- Protokolle der 190. Sitzung vom 6. 2. 1957 und der 199. Sitzung vom 20. 3. 1957 des 2. Deutschen Bundestages

- Ramm, Harry: Der rechtswidrige bindende Befehl, in: Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaften Bd. 58 (1939), S. 363 ff
- Rehm, Walter: Menschenwürde und militärischer Gehorsam, in: WK 1956, S. 326 ff
- von Richthofen, Gotthard: Wehrstrafgesetz mit Einführungsgesetz, Kommentar, Köln und Berlin 1957, auch abgedr. bei Brandstetter, Handbuch des Wehrrechts, Bd. III unter Nr. 850
- Rissom, Carl: Der rechtswidrige Befehl, in: Militärrechtliche Studien, Festschrift zum 1. Okt. 1910, Berlin 1910, S. 197 ff
- Rittau, Martin: Kommentar zum Soldatengesetz, München und Berlin 1957 (zit.: Rittau, Soldatengesetz)
- ders. Kommentar zum Wehrstrafgesetz, Berlin 1958 (zit.: Rittau, Wehrstrafgesetz)
- Röhl, Hellmut: Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art. 19 Abs. I S. 2 GG, in: AöR Bd. 81 (1956), S. 195 ff
- Roemer, Walter: Die neue Wehrverfassung, in: JZ 1956, S. 193 ff
- Salzmann, Joachim: Der Gedanke des Rechtsstaates in der Wehrverfassung der Bundesrepublik, in: Schriften zur Rechtslehre und Politik, Bd. 38, Bonn 1962

- Sauer, Ernst: Grundlehre des Völkerrechts,
3. Auflage, Köln und Berlin 1955
- Schäfer, Hans: Grundgesetz und Bundeswehr, in:
NJW 1956, S. 529 ff
- Scherer, Werner: Kommentar zum Soldatengesetz,
3. Auflage, Berlin und Frank-
furt a. M. 1968 (zit.: Scherer,
Soldatengesetz)
- ders. Zur Frage der Verbindlichkeit ei-
nes Befehls, sich bei der Polizei
einem Alkoholtest zu unterziehen,
in: NZWehrR 1959, S. 130 ff
- ders. Zur Frage der Befehle für den
dienstfreien Bereich, in: NZWehrR
1961, S. 97 ff
- Scheuner, Ulrich: Die Stellung der Streitkräfte im
modernen Völkerrecht, in: Bundes-
wehr und Recht, Köln-Berlin-Bonn-
München 1965, S. 27 ff (zit.:
Scheuner, Stellung der Streit-
kräfte)
- ders. Das Recht auf Kriegsdienstverwei-
gerung, in: Der deutsche Soldat
in der Armee von morgen, München
1954, S. 251 ff (zit.: Scheuner,
Kriegsdienstverweigerung)
- ders. Der Soldat und die Politik, in:
NZWehrR 1959, S. 81 ff
- Schirmer, Berthold: Befehl und Gehorsam, Köln-Berlin-
Bonn-München 1965

- Schmidt, Eberhard: Militärstrafrecht, Berlin 1936
(zit.: Schmidt, Militärstrafrecht)
- ders. Literatur zum Wehrstrafgesetz,
in: JZ 1960, S. 188 f
- Schnorr, Gerhard: Handeln auf Befehl, in: JuS
1963, S. 293 ff
- Schönke, Adolf - Schröder: Kommentar zum Strafgesetzbuch,
14. Auflage, München 1969
- Scholler, Heinrich: Die Freiheit des Gewissens, Berlin 1958
- Scholtissek, Walter: Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinn des Art. 25 GG,
Diss. Mainz 1953
- Schreiber, Jürgen: Befehlsbefugnis und Vorgesetztenverhältnis in der Bundeswehr,
Frankfurt a. M. 1965 (zit.: Schreiber, Befehlsbefugnis)
- ders. Unverbindliche Befehle - Versuch einer Systematik, in: NZWehrR
1965, S. 1 ff
- ders. Wehrstrafgesetz, Erläuterungsbuch für Soldaten, Frankfurt a. M. 1961 (zit.: Schreiber, Wehrstrafgesetz)
- ders. Der Soldat und das Recht, Frankfurt a. M. 1957 (zit.: Schreiber, Recht)
- ders. Dienstliche Anweisungen, in: WK
1956, S. 253 ff

- ders. Soldaten und Beamte, in: WK 1956, S. 194 ff
- Schroeder, Ulrich: Der Gehorsam des deutschen Soldaten, in: WK 1956, S. 22 ff
- Schübbe, Gerhard: Wesen und Rang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinn des Art. 25 GG, Diss. Münster 1956
- Schütz, Ernst-Egon: Befehle im außerdienstlichen Bereich, in: NZWehrR 1961, S. 100 ff
- Schwaiger, Konrad: Handeln auf Befehl und militärischer Ungehorsam nach dem Wehrstrafgesetz vom 30. 3. 1957, Diss. Heidelberg 1962
- Schwenck, Hans-Günter: Der Ungehorsam und seine Bestrafung im Rahmen einer internationalen militärischen Zusammenarbeit, in: NZWehrR 1964, S. 97 ff
- ders. Der Tatbestand des Ungehorsams bei Übertritt eines Soldaten in die sowjetisch besetzte Zone, in: NZWehrR 1962, S. 1 ff
- Schwinge, Erich: Militärstrafgesetzbuch nebst Kriegssonderstrafrechtsverordnung, 6. Auflage, Berlin 1944
- Stratenwerth, Günter: Verantwortung und Gehorsam, Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns, Tübingen 1958
- Teske, Hermann: Über den unbedingten Gehorsam, in: WK 1963, S. 657 ff

- Thieme, Werner: Die besonderen Gewaltverhältnisse, in: DÖV 1956, S. 521 ff
- ders. Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, in: JZ 1964, S. 81 ff
- Uhlig, Heinrich: Der verbrecherische Befehl, in: Vollmacht des Gewissens, Bd. II, Frankfurt und Berlin 1965, S. 287 ff
- Ule, Carl-Hermann: Das besondere Gewaltverhältnis, in: VVDStRL Heft 15 (1957), S. 133 ff
- Verdross, Alfred: Völkerrecht, 5. Auflage unter Mitarbeit von Stephan Verosta und Karl Zemanek, Wien 1964
- Völcker, Johann: Corpus iuris militaris oder vollkommenes Kriegsrecht, Frankfurt a. M. 1709
- Vom künftigen deutschen Soldaten, Gedanken und Planungen der Dienststelle Blank, Bonn 1955
- Wegener, Dietrich: Befehle Vorgesetzter, eine Übertretung im Sinne des § 1 Abs. III StGB zu begehen, in: NZWehrR 1959, S. 132 ff
- Wengler, Wilhelm: Völkerrecht, Bd. II, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1964
- Wintrich, Josef: Zur Problematik der Grundrechte, Köln 1957, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 71

- Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Auflage, München 1968
- Württemberg, Thomas: Der Irrtum über die Völkerrechts-
gemäßheit des höheren Befehls im
Strafrecht, in: MDR 1948, S. 271 ff
- Zippelius, Reinhold: Meinungsfreiheit, in: Evangeli-
sches Staatslexikon, hrsg. von
Hermann Kunst und Siegfried Grund-
mann, Stuttgart und Berlin 1966,
S. 1298 ff

V o r w o r t :

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit dem Spannungsverhältnis "Befehl und Gehorsam". Sie untersucht damit die als Negation der soldatischen Grundtugend der Disziplin sich ergebende Möglichkeit der Disziplinlosigkeit, des Ungehorsams im Wehrrecht. Unter Wehrrecht ist dabei die Gesamtheit jener Normen zu verstehen, die sich mit der rechtlichen Ordnung der Streitkräfte der Bundeswehr, der Bundeswehrverwaltungsbehörden¹ und des Dienstverhältnisses der Soldaten befassen oder der Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland dienen².

Nicht immer war die Bereitschaft zum militärischen Gehorsam so selbstverständlich wie z. B. vor 50 Jahren; aus dem Ersten Weltkrieg stammt das damals als Dogma empfundene Wort: "Wer auf die preußische Fahne schwört, hat nichts mehr, was ihm selber gehört"³. Heute, da die Forderung nach schrankenloser Freiheit in allen Lebensbereichen propagiert wird, sind der Wehrdienst und die damit verbundene Pflicht zum Gehorsam vielen jungen "Staatsbürgern in Uniform" eine unangenehme Last. Sie

¹vgl. hierzu Brandstetter, Handbuch, Bd. I Nr. 190.

²Eine Zusammenstellung der wehrrechtlichen Vorschriften findet sich bei Schreiber, Soldat und Recht; vgl. auch Loosch, Die gesetzlichen Grundlagen der Bundeswehr und ihre Organisation, DÖV 1961, 206; zur Entstehung des Begriffes Wehrrecht vgl. Glahn in ZWehrR 1936/37, 161 ff, Dietz in ZWehrR 1937/38, 1 ff.

³Walter Flex, Preuß. Fahneneid, Ges. Werke, 4. Aufl., München 1936, Bd. I S. 73.

fühlen sich als Soldaten zu sehr in ihrer individuellen Freiheit beschränkt und leben daher während des Wehrdienstes unter einer dauernden Spannung. Da jedoch auch das Grundgesetz das Spannungsverhältnis zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit durchaus "im Sinne der Gemeinbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person"¹ geregelt hat, gewinnt die Frage der Strafbarkeit des militärischen Ungehorsams an aktueller Bedeutung.

Im geltenden Wehrrecht ist die Frage des Umfangs der Gehorsampflicht im Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz) von 1956² geregelt. Die wehrstrafrechtlichen Sanktionen des Ungehorsams hingegen sind der Regelung durch das Wehrstrafgesetz von 1957³ vorbehalten worden. Die von dem Wehrstrafrecht losgelöste Regelung des Umfangs der Gehorsampflicht in einem außerstrafrechtlichen Gesetz entspricht einer alten Forderung, die bereits unter der Geltung des Militärstrafgesetzbuches von 1872 erhoben wurde⁴.

Die Erörterung des Ungehorsams nach dem geltenden Recht ist zwangsläufig mit der Untersuchung der Verbindlich-

¹BVerfGE 4, 15 f; vgl. auch BGHSt 22, S. 152.

²zur Entstehungsgeschichte des Soldatengesetzes vgl. Rittau, SG, Einl. S. 14 ff, Scherer, SG, Vorbem. S. 33 f, Martens aaO, S. 93 f, BTDrucks. Nr. 1700 und Bericht des Verteidigungsausschusses in Brandstetter, Handbuch, Bd. I Nr. 200 S. 4 ff.

³zur Entstehungsgeschichte des Wehrstrafgesetzes vgl. Dreher in JZ 1957, S. 393, Brandstetter, Handbuch, Bd. III S. 3 f, BTDrucks. Nr. 3040 und Niederschrift der 199. Sitzung des 2. Deutschen Bundestages vom 20. 3. 1957.

⁴Schwinge, MStGB, Anm. I zu § 47, vgl. Rittau, WStG, Vorbem. VI vor den §§ 19 bis 21.

keit eines militärischen Befehls verbunden. Daher bildet die Klärung der Frage der Unverbindlichkeit eines Befehls das zentrale Problem dieser Arbeit und nimmt deshalb einen breiten Raum ein. Das Schwergewicht der Untersuchung lag demnach bei einer eingehenden Analyse der bestehenden, aber auch bei der Erforschung neuer Fälle der Unverbindlichkeit eines militärischen Befehls. Außerdem wurde der Versuch unternommen, die Fälle der Unverbindlichkeit durchgehend zu systematisieren. Im Rahmen dieses Systems verdienten vor allem der völkerrechtswidrige und der grundrechtsbeschränkende Befehl eine eingehende Würdigung. Auch die Irrtumsproblematik wurde in die Untersuchung einbezogen.

A) Der Ungehorsam im Wehrrecht

=====

1. Teil: Begriffsbestimmungen

Der militärische Ungehorsam offenbart sich in der Nichtbefolgung eines militärischen Befehls, in der Negierung der militärischen Gehorsamspflicht, die in § 11 Abs. I S. 1 SG statuiert ist. Die Untersuchung des Ungehorsams des Soldaten setzt zunächst die Bestimmung jener militärischen Begriffe voraus, die als Tatbestandsmerkmale in den Ungehorsamstatbeständen verwendet werden; solche Ungehorsamstatbestände sind sowohl im Wehrstrafrecht als auch im Wehrdisziplinarrecht zu finden, da die Verletzung der militärischen Gehorsamspflicht in einfachen Fällen als Dienstvergehen nach § 23 Abs. I i. V. mit § 11 Abs. I S. 1 SG (einfacher Ungehorsam) disziplinarisch, in qualifizierten Fällen hingegen als Vergehen nach den §§ 19 bis 21 WStG strafrechtlich geahndet werden kann. Nicht jedes Nichtbefolgen eines Befehls erfüllt jedoch den Tatbestand eines Dienstvergehens oder eines Vergehens nach den §§ 19 bis 21 WStG. Die Verwirklichung dieser Tatbestände ist davon abhängig, daß ein Befehl von einem militärischen Vorgesetzten an einen Untergebenen erteilt wird¹. Nur wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, wird eine Gehorsamspflicht in bestimmtem Umfang ausgelöst.

¹ vgl. Rittau, WStG, Anm. 1 zu § 19.

Deshalb bedarf es zunächst der Bestimmung der Begriffe "Vorgesetzter" und "Untergebener", "Befehl" und "Gehorsamspflicht".

§ 1 Vorgesetzter und Untergebener (§ 1 Abs. I bis IV SG)

I. Der Vorgesetzte

1. Der Begriff des Vorgesetzten war in früheren Zeiten so selbstverständlich, daß er weder in den Kodifikationen des früheren Wehrrechts, den sogenannten "Artikelsbriefen"¹ noch in späteren Wehrgesetzen definiert wurde. Auch die Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts bis zum Ende des Ersten Weltkrieges² betrachtete den Vorgesetztenbegriff als etwas Selbstverständliches, das nicht noch expressis verbis einer Definition bedurfte.

Für die deutsche Wehrmacht bis 1945 ergab sich die Vorgesetzteneigenschaft aus den Vorschriften über das Rang- und Vorgesetztenverhältnis³. Nach diesen Regeln war die Vorgesetzteneigenschaft weitgehend vom Rang-

¹ vgl. hierzu Beck in Dietz, Handwörterbuch, Stichwort "Artikelsbriefe", S. 58 f.

² vgl. vor allem RMG 20, 183 (192 f) und RMG 20, 230 (231 f), aber auch schon RMG 3, 27 (29), RMG 6, 267 (259); vgl. hierzu auch die Begründung zu § 92 MStGB, abgedruckt bei RMG 20, 231 f.

³ HDv 82/9 v. 1. 10. 1940, abgedr. bei Schreiber, Befehlsbefugnis, Anhang 5 S. 97 ff.

verhältnis abhängig. Die Angehörigen höherer Rangklassen¹ waren z. B. regelmäßig Vorgesetzte der Angehörigen der niederen Rangklassen; es existierte also ein allgemeines Vorgesetztenverhältnis².

2. Das Wehrrecht der Bundesrepublik Deutschland erst brachte eine klare Trennung zwischen Vorgesetztenverhältnis und Dienstgradeinstufung.

Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. IV SG ist Vorgesetzter, wer befugt ist, Soldaten Befehle zu erteilen. Militärische Vorgesetzteneigenschaft ist daher gleichbedeutend mit Befehlsbefugnis³.

Die Legaldefinition des § 1 Abs. IV SG war aber für die Praxis unergiebig und bedurfte daher noch einer ins Einzelne gehenden Regelung; die nähere Ausgestaltung des Vorgesetztenverhältnisses erfolgte am 4. Juni 1956 in der "Verordnung über die Regelung des militärischen Vorgesetztenverhältnisses"⁴ (VorgVO).

Ein allgemeines Vorgesetztenverhältnis, wie es noch bei der Wehrmacht bis 1945 bestand, gibt es nach dieser Verordnung nicht mehr⁵. Die VorgVO schuf viel-

¹ Rangklassen schufen Zusammenfassungen einzelner Dienstgrade.

² vgl. Arndt, Grundriß, S. 168.

³ vgl. Stratenwerth aaO, S. 155; Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 17, 20; Rittau, Soldatengesetz, S. 65; Metzner in WK 1959, S. 488 u. a.

⁴ abgedr. bei Scherer, Soldatengesetz, S. 177 ff.

⁵ vgl. Arndt, Grundriß, S. 168; Jescheck, Befehl und Gehorsam, S. 71.

mehr ein in vier Kategorien eingeteiltes Vorgesetztenverhältnis, das nur noch innerhalb der Kompanien und in umschlossenen militärischen Anlagen an den Dienstgrad anknüpft, im übrigen aber mit der Dienststellung verbunden ist.

Die VorgVO unterscheidet Vorgesetzte auf Grund der Dienststellung, des Dienstgrades, besonderer Anordnung und eigener Erklärung.

a) Bei den Vorgesetzten auf Grund der Dienststellung wird als erste Untergruppe der unmittelbare Vorgesetzte genannt (§ 1 VorgVO). Nach § 1 Abs. I VorgVO ist jeder Soldat, der nach seiner Dienststellung andere Soldaten, die entsprechend der Gliederung der Streitkräfte zusammengefaßt sind, zu führen oder eine militärische Dienststelle zu leiten hat, befugt, im Dienst oder als Disziplinarvorgesetzter auch außer Dienst (s. § 1 Abs. V SG) den ihm unterstellten Soldaten Befehle zu erteilen. Demnach sind Gruppenführer, Zugführer, Kompaniechef, Bataillonskommandeur etc., nach Art. 65 a GG auch der Bundesverteidigungsminister, im Ernstfall der Bundeskanzler, unmittelbare Vorgesetzte.

Die zweite Untergruppe bilden die Fachvorgesetzten. Nach § 2 VorgVO hat jeder Soldat, dem nach seiner Dienststellung die Leitung des Fachdienstes von Soldaten obliegt, die Befugnis, Befehle zu fachdienstlichen Zwecken zu erteilen.

Beispiel: Sanitätsoffiziere, technische Offiziere.

Schließlich haben nach § 3 VorgVO auch Soldaten, denen nach ihrer Dienststellung ein besonderer Aufgabenbereich zugewiesen ist, im Dienst, gegebenenfalls

außer Dienst (s. § 3 S. 2 VorgVO) die Befugnis, anderen Soldaten die zur Erfüllung dieser Aufgabe notwendigen Befehle zu erteilen.

Beispiel: Wachen, Streifen, UvD etc.

b) Vorgesetzte auf Grund des Dienstgrades¹

§ 4 VorgVO gewährt eine mit dem Dienstgrad verknüpfte Befugnis, im Dienst innerhalb der Kompanie, entsprechender Einheiten, Stäben und anderer militärischer Dienststellen sowie an Bord eines Schiffes Befehle zu erteilen. Innerhalb dieses örtlichen Wirkungskreises haben demnach während des Dienstes Offiziere gegenüber Unteroffizieren und Mannschaften, Feldwebel gegenüber Unteroffizieren o. P. und Mannschaften, Unteroffiziere o. P. gegenüber allen Mannschaften Befehlsbefugnis.

c) Vorgesetzte auf Grund besonderer Anordnung²

Durch ausdrückliche Anordnung kann ein Vorgesetzter innerhalb seiner Befehlsbefugnis einem Soldaten für eine bestimmte Aufgabe andere Soldaten vorübergehend unterstellen und damit ein Vorgesetztenverhältnis nach § 5 VorgVO begründen.

Beispiele: Führen eines Spähtrupps, Zurückführen eines Zuges in die Unterkunft, Überwachung beim Baden etc.

¹vgl. Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 67 f.

²vgl. Scherer, Soldatengesetz, S. 184; Arndt, Grundriß, S. 172 und Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 75 f.

Für die Dauer der Durchführung dieser bestimmten Aufgabe ist der damit betraute Soldat, ohne Rücksicht auf den Dienstgrad, auf Grund besonderer Anordnung Vorgesetzter der ihm unterstellten Soldaten.

d) Vorgesetzter auf Grund eigener Erklärung¹

Nach § 6 VorgVO können Offiziere und Unteroffiziere sich im und außer Dienst anderen Soldaten gegenüber, die im Dienstgrad nicht über ihnen stehen, zum Vorgesetzten erklären, wenn "eine Notlage eine sofortige Hilfe erfordert" (§ 6 Abs. I Ziff. 1 VorgVO), "zur Aufrechterhaltung der Disziplin oder Sicherheit ein sofortiges Eingreifen unerläßlich ist" (§ 6 Abs. I Ziff. 2 VorgVO) oder "eine einheitliche Befehlsgebung an Ort und Stelle unabhängig von der gliederungsmäßigen Zusammengehörigkeit der Soldaten zur Behebung einer kritischen Lage hergestellt werden muß" (§ 6 Abs. I Ziff. 3 VorgVO).

§ 6 VorgVO gibt in notwendiger Ergänzung zu den §§ 1 bis 5 VorgVO den Offizieren und Unteroffizieren die Möglichkeit, in bestimmten Not- oder Eilfällen sich durch eigene Erklärung zum Vorgesetzten zu machen, obwohl zunächst keine Vorgesetzteneigenschaft begründet war².

Beispiel: Ein Offizier erklärt sich im Einsatz zum Vorgesetzten von versprengten Soldaten, um eine geschlossene Verteidigungslinie aufzubauen.

¹ vgl. hierzu Arndt, Grundriß, S. 173, Scherer, Soldatengesetz, S. 185 f, Rittau, Soldatengesetz, S. 68 f und Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 79 f.

² Scherer, Soldatengesetz, S. 185 und Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 80, sprechen von einem "Notvorgesetzten".

Ein besonderer Anwendungsfall der Begründung des Vorgesetztenverhältnisses auf Grund eigener Erklärung ist in der Regelung des § 9 Abs. II Ziff. 2 b WDO zu sehen; danach kann jeder Offizier und Unteroffizier sich durch Erklärung der vorläufigen Festnahme von Soldaten, die im Dienstgrad unter ihm stehen, die Vorgesetzteneigenschaft gegenüber dem Festgenommenen verleihen¹.

3. Ausländische Vorgesetzte oder Zivilpersonen haben in der Vorgesetztenverordnung keine Berücksichtigung gefunden. Daher sind solche Personen, z. B. ausländische Vorgesetzte in integrierten Stäben oder übergeordnete Zivilpersonen (Beamte), keine militärischen Vorgesetzten im Sinne des Soldatengesetzes und der Vorgesetztenverordnung².
4. Beförderungen durch unzuständige Vorgesetzte, Beförderungen ohne Übergabe einer Ernennungsurkunde (s. § 42 Abs. I SG) bzw. ohne dienstliche Bekanntgabe an den zu Ernennenden (s. § 42 Abs. II, § 58 Abs. II SG) oder Beförderungen, die an sonstigen förmlichen Mängeln leiden (vgl. § 42 Abs. I S. 1 SG, § 42 Abs. III i. V. mit § 41 Abs. II und IV SG), sind nicht ohne weiteres nichtig, sondern bleiben solange in Kraft, bis sie durch Befehl wieder aufgehoben werden³. Dies bedeutet, daß der fehlerhaft

¹ vgl. Arndt, Grundriß, S. 174.

² vgl. Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 19, Rittau, Soldatengesetz, S. 66, Scherer, Soldatengesetz, S. 36, Schwenk aaO, S. 102.

³ so auch Rittau, Soldatengesetz, S. 69.

Ernannte seine Vorgesetzteneigenschaft solange behält, bis diese widerrufen wird. Eine andere Auffassung wäre wegen der militärisch nicht tragbaren Folgen wenig zweckmäßig.

5. Auf Grund der vorangegangenen Erörterungen läßt sich demnach der Begriff des Vorgesetzten wie folgt definieren:

Militärischer Vorgesetzter ist derjenige Soldat, der auf Grund der VorgVO oder des § 9 Abs. II Ziff. 2 b WDO befugt ist, anderen Soldaten Befehle zu erteilen, ferner der Bundesverteidigungsminister, dessen Staatssekretär als Vertreter, bzw. der Bundeskanzler im Verteidigungsfall (Art. 65 a GG)¹.

Dieser Vorgesetztenbegriff gilt auch für das Wehrstrafgesetz².

II. Der Untergebene

Der militärische Vorgesetzte kann in seinem beschränkten Bereich nur den ihm unterstellten Soldaten Befehle erteilen; nur die seiner Befehlsgewalt unterworfenen Soldaten sind daher seine Untergebenen³.

Soldaten sind dabei diejenigen Personen, die auf Grund ihrer Wehrpflicht oder auf Grund freiwilliger Verpflichtung in einem Wehrdienstverhältnis stehen (§ 1 Abs. I SG).

¹vgl. Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 8 d zu § 2, Metzner in WK 1959, S. 488, Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 20.

²so Arndt, Grundriß, S. 169, Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 17.

³vgl. Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 10 zu § 2.

Bei den Soldaten, die sich freiwillig verpflichtet haben, unterscheidet man Berufssoldaten, die auf Lebenszeit Wehrdienst leisten (§ 1 Abs. III Z. 1 SG), und Soldaten auf Zeit, die nur für eine begrenzte Dauer Wehrdienst leisten (§ 1 Abs. III Z. 2 SG). Die Angehörigen der Reserve stehen nach § 1 Abs. II SG für die Dauer der Wehrübung in einem Wehrdienstverhältnis; außerhalb der Wehrübung aber sind sie keine Soldaten¹.

Das Wehrdienstverhältnis, damit der Status des Soldaten, beginnt mit dem Zeitpunkt, der für den Dienst Eintritt festgesetzt ist, und endet mit Ablauf des Tages, an dem der Soldat aus der Bundeswehr ausscheidet (§ 2 SG).

Die auf Grund einer fehlerhaften Einberufung eingezogenen Soldaten sind trotz dieser Fehlerhaftigkeit Soldaten. Die Einberufung wird nämlich durch Verwaltungsakt, bei Soldaten auf Zeit oder Berufssoldaten in der Form der Aushändigung einer förmlichen Ernennungsurkunde (§ 41 Abs. I SG), bei Wehrpflichtigen in der Form eines Einberufungsbescheides (§§ 21, 23 WPflG) vorgenommen. Fehlerhafte Verwaltungsakte sind aber nach den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts² im Zweifel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, bleiben also bis zu ihrer Aufhebung rechtsbeständig. Diese Grundsätze gelten auch für die Einberufung zur Bundeswehr³. Dieses

¹ vgl. Schreiber, WStG, Anm. 2 zu § 1; anders noch §§ 6 bis 6 c MStGB, wonach Angehörige der Reserve auch noch in bestimmten Fällen dem Wehrstrafrecht unterworfen waren.

² vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 217 f.

³ so Rittau, Soldatengesetz, S. 48/49, Arndt, Grundriß, S. 47 und Scherer, Soldatengesetz, S. 35.

Ergebnis bestätigt noch der Schluß aus den §§ 29 WPflG, 46, 55 SG, wonach irrigerweise oder fehlerhafterweise eingestellte Soldaten solange den Status eines "Soldaten" behalten, bis sie durch besonderen Verwaltungsakt entlassen werden.

Keine Soldaten i. S. des Soldatengesetzes und des Wehrstrafgesetzes sind aber die sogenannten "faktischen Soldaten", die weder ordnungsgemäß einberufen worden sind noch eine Ernennungsurkunde erhalten haben, aber dennoch tatsächlich Wehrdienst leisten¹. In diesen Fällen fehlt es an einer, zumindest fehlerhaften Begründung eines Dienstverhältnisses.

Beispiel: Ein freiwilliger Bewerber ist zum Dienstantritt bei der Bundeswehr erschienen, erhält jedoch die Ernennungsurkunde (vgl. § 41 Abs. I SG) zum Soldaten auf Zeit erst, nachdem er bereits fünf Tage Dienst geleistet hat. Da er nicht mit Einberufungsbescheid der Wehrrersatzbehörden (vgl. §§ 21, 23 Wehrpflichtgesetz) einberufen worden ist, ist er kein Soldat auf Grund der Wehrpflicht, bis zur Urkundenaushändigung aber auch noch kein Soldat auf Zeit. Er ist daher nicht Soldat i. S. des Soldatengesetzes und des Wehrstrafgesetzes.

Nach den vorangegangenen Erörterungen bleibt somit als Ergebnis festzuhalten:

Untergebener ist der einem militärischen Vorgesetzten unterstellte Soldat im Sinne des § 1 Abs. I bis III SG.

¹ vgl. Arndt, Grundriß, S. 46, Schreiber, WStG, Anm. 3 zu § 1 und die dort Zitierten, Scherer, Soldatengesetz, S. 38, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 1.

§ 2 Der Befehl

I. Definition

Der Begriff des Befehls, an den die Bestimmungen über den militärischen Ungehorsam (§ 11 SG, §§ 19 ff WStG) anknüpfen, war in der früheren Militärgesetzgebung nicht ausdrücklich festgelegt worden; die Rechtsprechung hatte sich jedoch eingehend hiermit befaßt¹.

In Anlehnung an diese Rechtsprechung entstand die Legaldefinition des Begriffes "Befehl" in § 2 Ziff. 2 WStG². Danach ist ein "Befehl eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten, die ein militärischer Vorgesetzter (§ 1 Abs. IV des Soldatengesetzes) einem Untergebenen schriftlich, mündlich oder in anderer Weise, allgemein oder für den Einzelfall und mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt".

Für diesen formal gefaßten Befehlsbegriff ist die Frage der Rechtmäßigkeit oder Verbindlichkeit des Befehls unerheblich³. Diese Frage gewinnt Bedeutung erst dann, wenn das Vorliegen des Ungehorsams geprüft werden soll.

Die einzelnen Merkmale des Begriffes "Befehl" sind in § 2 Ziff. 2 WStG abschließend aufgeführt.

¹ vgl. RMG 12, 12; 13, 133; 14, 199 u. a.; vgl. auch RGSt 59, 406.

² zur Entstehungsgeschichte vgl. Protokoll der 186. Sitzung des Rechtsausschusses des 2. BT, S. 5 ff.

³ Dreher-Lackner-Schwalb, WStG, Rdn. 6 zu § 2; Schreiber, WStG Nr. 5 zu § 2.

a) Es muß sich zunächst um eine "Anweisung" handeln; der Vorgesetzte muß also ein Gebot oder Verbot¹ aussprechen. Belehrungen, Richtlinien oder allgemeine Hinweise und Unterweisungen sind keine Befehle². Ebenso wenig genügen Ratschläge oder Wünsche diesen Anforderungen³. Die Bezeichnung des Verlangens des Vorgesetzten allerdings ist nicht ausschlaggebend; eine falsche Bezeichnung schadet nicht, denn auch im Wehrrecht gilt der Satz: "falsa demonstratio non nocet"⁴. Enthält z. B. ein als "Richtlinie" bezeichneter Erlaß das Verbot, mit voller Marschausrüstung Flüsse zu durchwaten, dann ist dieses Verbot hinreichend bestimmt und deshalb als Befehl zu qualifizieren. Auch der berühmte "Kommissarbefehl" Hitlers, der Befehl zur sofortigen Tötung russischer Politikommissare, ist als "Richtlinie" des Oberkommandos der Wehrmacht ergangen, obgleich seine Befehlsqualität niemals angezweifelt worden ist⁵.

b) Die Anweisung muß ein "bestimmtes Verhalten" zum Inhalt haben, also ein bestimmtes Tun oder Unterlassen fordern. Der Umfang der Bestimmtheit kann hier-

¹vgl. Schreiber, WStG, Nr. 6 zu § 2; Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 7 zu § 2; Rittau, WStG, Anm. 2 a zu § 2; vgl. auch RGSt 58, 110.

²so auch Arndt, Grundriß, S. 185; Schreiber, WStG, Nr. 6 zu § 2; vgl. auch RGSt 64, 71.

³vgl. auch dazu Hahnenfeld, Soldatengesetz, S. 92.

⁴Schreiber in WK 1956, S. 254.

⁵vgl. Uhlig aaO, S. 330.

bei aber verschieden sein. Es ist nicht notwendig, daß das Verhalten des Untergebenen in allen Einheiten, in der Wahl der Mittel und sonstigen Ausführungsmodalitäten festgelegt wird; es genügt, wenn das durch die Anweisung gewünschte Verhalten derart bestimmt ist, "daß der Untergebene zumindest teilweise sein künftiges Verhalten nicht mehr frei bestimmen darf"¹. Deshalb ist der Auftrag, der dem Soldaten bei der Durchführung gewisse Handlungsfreiheiten einräumt, als Befehl² zu qualifizieren.

Gleichgültig ist es, ob das bestimmte Verhalten im konkreten Einzelfall oder allgemein für die Dauer verlangt wird; daher können in Dienstvorschriften Befehle enthalten sein, sofern sie bestimmte Gebote oder Verbote aussprechen³. Ist z. B. in Dienstvorschriften der Alkoholgenuß bei Dienstfahrten und während des Dienstes untersagt, enthält eine Dienstvorschrift das Verbot, Familienangehörige oder Zivilisten in Dienstkraftfahrzeugen mitzunehmen, dann besitzen diese Vorschriften insoweit Befehlscharakter⁴.

¹Schreiber, WStG, Anm. 7 zu § 2.

²vgl. Rittau, WStG, Anm. 2 a zu § 2; Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 8 zu § 2; Scherer, SG, Anm. 1 a zu § 11.

³vgl. Rittau, WStG, Anm. 2 a zu § 2; Arndt, Grundriß, S. 186/87; Schreiber, WStG, Anm. 7 zu § 2.

⁴Arndt, Grundriß, S. 186/187.

c) Einer bestimmten Form bedarf die Anweisung nicht. Der Befehl kann also "schriftlich, mündlich oder in anderer Weise" (s. § 2 Ziff. 2 WStG) erteilt werden. Unter Erteilung in "anderer Weise" sind zu verstehen: optische oder akustische Zeichen oder Signale, wie etwa Flaggensignale, Handzeichen, Leuchtkugeln, Pfiffe etc.¹.

d) Durch die Verwendung des Merkmals "mit dem Anspruch auf Gehorsam" in der Legaldefinition des § 2 Ziff. 2 WStG ist schließlich zur Verdeutlichung des Begriffes Anweisung noch klargestellt, daß ein Befehl nur dann vorliegt, wenn der Vorgesetzte dem Untergebenen durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er die dienstliche Befolgung auf Grund der militärischen Gehorsamspflicht (s. § 11 Abs. I S. 1 SG) wünscht². Der Anspruch auf Gehorsam kann sich auch aus den Umständen ergeben. Durch die Aufnahme dieses Begriffsmerkmals wird den lediglich scherzhaft erteilten Anweisungen jede Befehlsqualität abgesprochen.

II. Rechtliche Qualifikation

In der Literatur herrscht seit langem Streit darüber, ob der Befehl als Akt der militärischen Kommandogewalt ein Verwaltungsakt oder nur ein in Ausübung öffentlicher Gewalt ergehender hoheitlicher Rechtsakt sei.

¹ vgl. Schreiber, WStG, Anm. 10 zu § 2; Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 11 zu § 2; vgl. auch RGSt 57, 402.

² vgl. Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 11 zu § 2; Schreiber, WStG, Anm. 9 zu § 2; Arndt, Grundriß, S. 186.

In früherer Zeit vertrat besonders Otto Mayer¹ die Ansicht, daß Akte der militärischen Kommando- und Befehlsgewalt überhaupt nicht als Erscheinungsform des Verwaltungshandelns in Betracht kommen könnten. Auch Forsthoff² sieht die Betätigung der militärischen Kommandogewalt nicht als "Verwaltung" an. Dieser Ansicht kann aber zumindest nach der Änderung des Grundgesetzes durch das Gesetz vom 19. 3. 1956³ nicht mehr zugestimmt werden. Die Änderung des Art. 1 Abs. III GG wurde gerade deswegen vorgenommen, um auch die Wehrgewalt der Exekutive, der "vollziehenden Gewalt" unterfallen zu lassen⁴.

Unter dem Eindruck der Grundgesetzänderung wird jedoch in der Literatur immer noch die Meinung vertreten, daß Maßnahmen der militärischen Befehlsgewalt, damit Befehle, keine Verwaltungsakte seien⁵. Anhän-

¹Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 10; vgl. auch Heckel, Wehrverfassung, Bd. I S. 58 ff; über die früheren Ansichten zur rechtlichen Einordnung der Wehrgewalt vgl. Martens aaO, S. 96 ff, Franck in DVBl. 1957, S. 150 f, Lerche in DVBl 1954, S. 626.

²Forsthoff, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 198, Anm. 3.

³BGBI I, S. 111.

⁴so auch Obermayer in DVBl 1957, S. 264.

⁵vgl. die bei Lerche in DVBl 1954, S. 627 in Anm. 16 zit. Literatur; ferner Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 14 zu § 2, Scherer, Soldatengesetz, Anm. I 3 b zu § 11, Mann in DÖV 1960, S. 414 f, anscheinend auch Stratenwerth aaO, S. 49.

ger dieser Meinung kennzeichnen den Befehl als einen in Ausübung öffentlicher Gewalt ergehenden "hoheitlichen Akt".

Die Gegenmeinung vertritt den Standpunkt, daß ein Befehl insoweit Verwaltungsakt sein könne, als er geeignet sei, einen gehorsamspflichtigen Soldaten in seinen Rechten zu verletzen, ohne Rücksicht darauf, ob der Befehl das Betriebs- oder Grundverhältnis des Soldaten berühre¹. Ebenso zieht die Begründung zum Entwurf des Soldatengesetzes bei der Behandlung der Verbindlichkeit des Befehls eine Parallele zum Verwaltungsakt².

Letzten Endes ist es aber eine Frage des "terminologischen Geschmacks"³, ob man die justiziablen Befehle als hoheitlichen Akt oder als Verwaltungsakt qualifiziert. Beide Auffassungen führen zum gleichen Ergebnis hinsichtlich der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. IV GG und der Vermutung der Rechtmäßigkeit, die allen Akten der öffentlichen Gewalt innewohnt.

Es ist jedoch festzuhalten, daß nicht jeder Befehl dem Begriff des Verwaltungsaktes zugeordnet werden kann; auch das schlichte Kommando "Stillgestanden" ist ein Befehl, aber wohl schwerlich geeignet, den Soldaten in seinen Rechten zu verletzen.

¹Obermayer, Verwaltungsakt, S. 99 und in DVBl 1957, S. 265, Ule in VVDStL 15, S. 155, Arndt, Grundriß, S. 116, der jeden Befehl als VA qualifiziert.

²BTDrucks. 1700, 2. Wahlperiode, S. 21.

³Obermayer in DVBl 1957, S. 265 Anm. 21.

Zur Vermeidung unnötiger Komplizierung der Begriffe sollte man daher nicht zwischen justiziablen Befehlen (= Verwaltungsakten) und nichtjustiziablen Befehlen (= hoheitlichen Akten) unterscheiden, sondern alle Befehle dem Begriff des staatlichen Hoheitsaktes zuordnen. Dieses vereinfachende Ergebnis fällt umso leichter, als für alle Akte hoheitlicher Betätigung die Vermutung der Rechtmäßigkeit spricht und nur an dieses Kriterium die Diskussion über die Verbindlichkeit des militärischen Befehls anknüpft.

§ 3 Die Gehorsamspflicht

I. Allgemeines

Theodor Eschenburg¹ geißelt die Disziplinlosigkeit unseres derzeitigen öffentlichen Lebens und betont:

"Die demokratische Staatsordnung auf die Dauer zu sichern, d. h. sie krisenfest zu machen, erfordert eine gewaltige Anstrengung, nämlich Disziplin im allgemeinen und damit Strenge gegen sich selbst und andere."

Diese Forderung Eschenburgs läßt erkennen, daß der allgemeine Hang zur Disziplinlosigkeit, zur Bejahung einer schrankenlosen Freiheit und zum Egoismus eine Gefahr für den demokratischen Staat, damit auch für die zu seinem Schutz aufgestellte Bundeswehr darstellt. Gerade die Disziplin in der Bundeswehr erfordert letztlich die Bereitschaft des einzelnen Soldaten, der Gemeinschaft ein persönliches Opfer an Egoismus, Eigensucht, Bequemlichkeit und Widerspenstigkeit zu bringen. Diese Bereitschaft muß in der Bereitwilligkeit zum

¹ Eschenburg aaO, S. 7.

Ausdruck gebracht werden. "Autorität von oben und Gehorsam von unten, mit einem Worte Disziplin ist die ganze Seele der Armee", erklärte schon v. Moltke in einer Reichstagsrede zum Militärstrafgesetzbuch von 1872¹ und führte weiter aus: "Die Disziplin macht die Armee erst zu dem, was sie sein soll, und eine Armee ohne Disziplin ist auf alle Fälle eine kostspielige, für den Krieg eine nicht ausreichende und im Frieden eine gefährvolle Institution." Für die Bundeswehr muß dieser Ausspruch v. Moltke's ebenso Gültigkeit besitzen. Auch in der Wehrordnung der Streitkräfte eines demokratischen Staatsgebildes ist die Pflicht zum Gehorsam unerläßlich für ein geordnetes Funktionieren der militärischen Organisation². Vor allem im Ernstfall muß um der schnellen Anpassung an Unvorhergesehenes und der Schlagkraft der Truppe willen der Forderung nach unverzüglichem Gehorchen eine überragende Bedeutung beigemessen werden.

"Nur durch das reibungslose Ineinandergreifen von Befehl und Gehorsam wird eine innere Geschlossenheit der Bundeswehr, damit eine nachhaltige und wirksame Verteidigungsbereitschaft gewährleistet"³.

In § 11 Abs. I S. 1 SG ist für den Soldaten der Bundeswehr die Gehorsamspflicht gesetzlich begründet: "Der Soldat muß seinen Vorgesetzten gehorchen"⁴.

¹v. Moltke, Gesammelte Schriften, Bd. VII S. 69.

²vgl. Bericht des Verteidigungsausschusses zu § 11 SG, abgedr. in Brandstetter, Handbuch, Bd. I unter Nr. 200; "Vom künftigen deutschen Soldaten", S. 28 ff; Rittau, Soldatengesetz, S. 110.

³Metzner in WK 1959, S. 487.

⁴In der früheren deutschen Wehrmacht war die Gehorsamspflicht nicht ausdrücklich durch Gesetz, sondern in den "Pflichten des deutschen Soldaten", Nr. 4 festgelegt, s. Rittau, Soldatengesetz, S. 109 f.

II. Die Gehorsamspflicht im einzelnen

1. Die Gehorsamspflicht nach § 11 Abs. I S. 1 SG wird nur ausgelöst, wenn ein Befehl durch einen militärischen Vorgesetzten erteilt worden ist. Der Untergebene hat nach § 11 Abs. I S. 2 SG diesen Befehl "nach besten Kräften vollständig, gewissenhaft und unverzüglich auszuführen".

a) Die Formel "nach besten Kräften" besagt, daß der Untergebene all seine geistigen und körperlichen Kräfte einsetzen und alle Möglichkeiten ausschöpfen muß, um den erteilten Befehl durchführen zu können¹.

b) "Vollständige" Ausführung meint in der Regel genaue Befolgung des Befehlswortlautes, kann aber bei ungenauer Formulierung auch das Erfassen von Sinn und Zweck des Befehls bedeuten².

c) Der Soldat soll, um einen ihm gegebenen Befehl "gewissenhaft" ausführen zu können, "sein Gewissen und seinen Verstand gebrauchen"³. Hier wird nach den Grundsätzen der "Inneren Führung" der "bewußte, mitdenkende Gehorsam" gefordert⁴. Die Pflicht zur ge-

¹vgl. Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 30; Scherer, Soldatengesetz, S. 67.

²vgl. Scherer, Soldatengesetz, S. 67; Rittau, Soldatengesetz, S. 115.

³Regierungsvertreter i. Rechtsaussch., s. Rittau, SG, S. 115.

⁴vgl. "Vom künftigen deutschen Soldaten", S. 31.

wissenschaften Ausführung wird vor allem dort bedeutsam, wo dem Soldaten etwa im Rahmen eines Auftrags noch Raum für eigene Entscheidungen hinsichtlich der Ausführungsmodalitäten bleibt; der Soldat soll hierbei mit der größtmöglichen Sorgfalt vorgehen und sinnvoll handeln¹.

d) Der Begriff "unverzüglich" ist nicht identisch mit dem bürgerlich-rechtlichen Begriff der "Unverzüglichkeit" i. S. des § 121 Abs. I BGB. Im bürgerlichen Recht bedeutet unverzüglich "ohne schuldhaftes Zögern" (s. § 121 Abs. I BGB) und ist nicht gleichzusetzen mit "sofort"². Im Sinne des § 11 Abs. I S. 2 SG jedoch muß im Hinblick auf die unerläßliche Promptheit der Befehlsausführung die Formulierung "unverzüglich" als sofort verstanden werden³. Der Befehl eines Vorgesetzten löst also eine sofortige Ausführungspflicht für den Untergebenen aus, wenn nicht die Ausführung zu einem späteren Zeitpunkt befohlen wird.

2. Jeder Verstoß gegen die in § 11 Abs. I S. 1, 2 SG postulierte und modifizierte Gehorsamspflicht wird als "Ungehorsam" im Sinne des Nichtbefolgens eines Befehls, im Gegensatz zu dem Tatbestand des "Ungehorsams" nach § 19 WStG, geahndet. Jedoch verpflichten nicht alle Befehle zum Gehorsam nach § 11 Abs. I S. 1 SG; nur die v e r b i n d l i c h e n B e-

¹Scherer, Soldatengesetz, S. 67 und Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 39.

²Palandt, Kommentar zum BGB, 27 Aufl., München 1968, Anm. 3 zu § 121 und RGZ 52, 115 (118).

³so auch Rittau, Soldatengesetz, S. 115 und Scherer, Soldatengesetz, S. 67.

fehle können den Anspruch auf Gehorsam erheben¹. Die Frage der Verbindlichkeit eines militärischen Befehls ist deshalb das zentrale Problem bei der Untersuchung des Ungehorsams im Wehrrecht.

Im folgenden soll daher dieses Problem einer eingehenden Würdigung unterzogen werden.

¹ vgl. Scherer, Soldatengesetz, S. 68 f, Jescheck, Befehl, S. 77, Hahnenfeld, Soldatengesetz, S. 93, Rittau, Soldatengesetz, S. 110; vgl. auch § 22 I S. 1 WStG, der den terminus technicus "Verbindlichkeit" gebraucht; zum Umfang der Gehorsamspflicht in den ausländischen Staaten vgl. Stratenwerth aaO, S. 27 ff.

2. Teil: Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit des Ungehorsams wegen Unverbindlichkeit des Befehls

§ 4 Allgemeines

I. Das Nichtbefolgen eines unverbindlichen Befehls kann nicht als Ungehorsam bestraft werden, da solche Befehle keine Gehorsamspflicht erzeugen. Diese Aussage trifft schon § 11 Abs. I S. 3 SG: "Ungehorsam liegt nicht vor, wenn ...". Zunächst könnte man aus dieser Formulierung den Schluß ziehen, daß bei Nichtbefolgen unverbindlicher Befehle schon der Tatbestand des Ungehorsams entfalle. § 11 SG ist aber eine Bestimmung des öffentlichen Rechts, die lediglich klärstellen will, daß der Untergebene bei Nichtbefolgung eines unverbindlichen Befehls weder disziplinarisch noch strafrechtlich belangt werden darf¹. Die wehrstrafrechtliche Qualifizierung des Nichtbefolgens eines unverbindlichen Befehls wird hingegen in § 22 Abs. I S. 1 WStG vorgenommen; danach handelt der Untergebene nicht *r e c h t s w i d r i g*, wenn er einen unverbindlichen Befehl nicht befolgt. Dies bedeutet, daß die Unverbindlichkeit eines Befehls nicht etwa schon den Tatbestand des Ungehorsams, sondern vielmehr nur die Rechtswidrigkeit des tatbestandlich gegebenen Ungehorsams ausschließt².

¹Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 1 zu § 22.

²vgl. Rittau, WStG, Anm. 2 zu § 22; Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 2 zu § 22.

Hierbei genügt das objektive Vorliegen der Unverbindlichkeit des Befehls; es ist also nicht entscheidend, ob der Untergebene die Unverbindlichkeit kannte oder hiervon keine Kenntnis hatte¹. Dieses Ergebnis muß in konsequenter Weiterführung der Feststellung des § 11 Abs. I S. 3 SG gewonnen werden, wonach kein Ungehorsam vorliegt, wenn der Befehl (objektiv) unverbindlich ist. Zudem unterstreicht auch die Regelung des § 22 Abs. I S. 2 WStG diese Ansicht, denn nach dieser Bestimmung schadet bei Ungehorsam die irrtümliche Annahme der Verbindlichkeit des Befehls nicht.

Im Gegensatz zu der geltenden Regelung in § 22 Abs. I S. 1 WStG sah der Regierungsentwurf des WStG in der Verbindlichkeit des Befehls nur eine bloße Bedingung der Strafbarkeit². Diese Konstruktion stieß aber auf heftige Kritik; deshalb wurde vom Rechtsausschuß die jetzige Regelung vorgeschlagen³.

§ 22 Abs. I S. 1 WStG stellt weiterhin klar, daß es für die Frage der Strafbarkeit des Ungehorsams allein auf die Verbindlichkeit, nicht aber auf die Rechtswidrigkeit des Befehls ankommt⁴. Die Frage der Ver-

¹ vgl. Schreiber, WStG, Anm. 1 zu § 22, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Anm. 5 zu § 22.

² BTDrucks. Nr. 3040, S. 31.

³ Niederschrift der 199. Sitzung des 2. Bundestages, Anlage 8, S. 11319.

⁴ so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 22.

bindlichkeit rechtswidriger Befehle und der Qualifizierung des Nichtbefolgens solcher Befehle bleibt noch einer eingehenden Untersuchung vorbehalten¹.

- II. Das Gesetz (§§ 11 SG, 22 WStG) regelt nicht erschöpfend die Fälle der Unverbindlichkeit eines Befehls, sondern zählt in § 11 Abs. I S. 3, Abs. II SG, § 22 Abs. I S. 1 WStG nur einige Beispiele hierfür auf; dies ergibt sich aus der Verwendung des Wortes "insbesondere" in § 22 Abs. I S. 1 WStG².

Die Entstehungsgeschichte des § 22 WStG unterstreicht diese Bedeutung; nach den Äußerungen von Abgeordneten und Regierungsvertretern im Rechtsausschuß zum Entwurf des Wehrstrafgesetzes³ sollte § 22 Abs. I S. 1 WStG nach dem Willen des Gesetzgebers nur die wichtigsten Unverbindlichkeitsfälle beispielhaft aufführen. Daß darüber hinaus weitere Fälle der Unverbindlichkeit eines Befehls denkbar sind, die noch einer Klärung durch die Rechtsprechung bedürfen, geht auch aus dem Bericht des Rechtsausschusses hervor⁴, der dem 2. Deutschen Bundestag vorgelegt wurde.

¹s. unten S.

²so auch Entwurf, BTDrucks. 3040, S. 31 und Rechtsausschuß in Niederschr. der 199. Sitzung des 2. BT, S. 11320, Dreher in JZ 1957, 395, Flor in NJW 1957, S. 245, v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 89, Stratenwerth aaO, S. 204, Arndt in GA 1957, S. 49, Mann in DÖV 1960, S. 409, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Anm. 23 zu § 2, Scherer, SG, Anm. II 1 zu § 11, BDH (Wehrdienstsenat), in DVBl 1958, S. 762; and. Meinung nur Lerche, Grundrechte, Bd. IV 1, S. 503.

³Prot. der 190. Sitzung des Rechtsaussch., S. 8 f.

⁴Niederschr. der 199. Sitzung des 2. BT, S. 11320.

Weitere Fälle der Unverbindlichkeit eines militärischen Befehls müssen, soweit sie den Rahmen des § 22 Abs. I S. 1 WStG, § 11 Abs. I S. 3 SG verlassen, aus der Rechtsprechung der früheren Militärgerichte, aus anderen Gesetzen, allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder militärdienstlichen Prinzipien abgeleitet werden¹,

III. Prüfungspflicht und Prüfungsrecht des Untergebenen

1. In der Literatur zum geltenden Wehrrecht herrscht Einigkeit darüber, daß der Untergebene nicht verpflichtet ist, die Befehle seiner Vorgesetzten auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen². Eine derartige Prüfungspflicht verträgt sich nicht mit den Besonderheiten des militärischen Gewaltverhältnisses; eine Prüfungspflicht würde die militärische Schlagkraft lähmen, die gerade eine prompte Befehlsausführung voraussetzt. Der Soldat darf nicht seine Beurteilung der Lage und seine Entscheidung an die Stelle der Entscheidung seines Vorgesetzten setzen, denn sonst würde, wie es Laband³ einst für den Sektor des Beamtenrechts ausdrückte, "nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher, nicht das Finanzministe-

¹ vgl. Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 26 zu § 2.

² so Arndt, Grundriß, S. 118 und GA 1957, S. 50, Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 40, 42, Scherer, SG, S. 72, Dreher in JZ 1957, S. 359, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 16 zu § 2, Rittau, SG, S. 119, Jescheck, Befehl, S. 76, v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 90, Pickart in WK 1953, S. 11, Hahnefeld, SG, S. 90, Stratenwerth aaO, S. 178, Knieriem aaO, S. 261, v. Baudissin in WK 1964, S. 223.

³ Laband, Staatsrecht, Bd. I S. 462.

rium oder die Oberzolldirektion, sondern der Zolleinnehmer in Wahrheit die letzte Instanz sein". Auch die Rechtsprechung¹ und die Literatur² zum Militärstrafgesetzbuch von 1872 gingen von diesem Grundsatz aus.

Dieses Ergebnis leuchtet insofern ein, als grundsätzlich der Vorgesetzte nach § 10 Abs. V SG die Verantwortung für seine Befehle trägt, der Untergebene hingegen nur im Rahmen seiner Erkenntnismöglichkeit strafrechtlich bei Ausführung des Befehls verantwortlich ist (s. § 11 Abs. II S. 2 SG, § 5 WStG). Außerdem ist von dem Grundsatz auszugehen, daß der Befehl als staatlicher Hoheitsakt stets die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich beanspruchen kann. Der Untergebene aber darf auf diese vermutete Rechtmäßigkeit solange vertrauen, als nicht die Rechtswidrigkeit des Befehls offensichtlich erkennbar ist. Die Begründung der Regierung zum Entwurf des Soldatengesetzes ist von ähnlichen Gedanken geleitet: "Eine Prüfungspflicht wird dem Soldaten nicht auferlegt. Zu erkennen, was als verbrecherisch einem Befehl schon auf die Stirn geschrieben steht, bedarf es keiner Prüfung. Die Ausführung eines Befehls darf nicht darunter leiden, daß der Untergebene seine Zweifel erst austragen müßte."³ Die Begründung des Entwurfs

¹vgl. RMG 7, 256; 13, 184; 19, 195; RKG 1, 179; RGSt 55, 162; 71, 285.

²Dams, Wehrr. Abhandl. 1938, Heft 9 S. 41; v. Ammon aaO, S. 62; Dörken aaO, S. 7; M. E. Mayer aaO, S. 141; Schwinge in ZAk DR 1938, S. 149.

³BTDrucks. Nr. 1700, 2. Wahlperiode, S. 21.

will mit dieser etwas verunglückten Formulierung zum Ausdruck bringen, daß für die Statuierung einer Pflicht zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Befehls kein Bedürfnis bestehe, weil die Fälle der offensichtlichen Rechtswidrigkeit, z. B. der Unverbindlichkeit wegen des verbrecherischen Inhalts des Befehls, für den Untergebenen eindeutig erkennbar seien.

Ähnliche Erwägungen werden bei der Frage nach einem Prüfungsrecht des Untergebenen angestellt. Dreher¹ verneint ein solches Recht des Untergebenen "grundsätzlich", Schreiber² lehnt ein Prüfungsrecht des Untergebenen ebenso entschieden ab, und Jescheck³ sieht eine militärisch nicht tragbare Gefahr für die Disziplin in der Einräumung eines allgemeinen Prüfungsrechts; der rechtmäßige Befehl würde nämlich bei widerspenstigen oder übervorsichtigen Soldaten "nicht mehr ohne weiteres Gehorsam" finden⁴.

Soweit die Ausführung eines Befehls, der sofortige Vollziehung erheischt, durch das Zugestehen eines Prüfungsrechts verzögert würde, ist dieser Ansicht zuzustimmen. Verlangt aber ein Befehl die Ausführung zu einem späteren Zeitpunkt, so kann dem Untergebenen eine Prüfung auf die Rechtmäßigkeit des erteilten Befehls nicht verwehrt werden, da eine solche Prüfung der rechtzeitigen Ausführung des Befehls nicht entgegenstehen würde.

¹in Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 16 zu § 2.

²Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 40, 42.

³Jescheck, Befehl, S. 76, 77.

⁴Jescheck, Befehl, S. 77.

2. Wenn nun dem Untergebenen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit eines ihm erteilten Befehls keine Prüfungspflicht auferlegt, noch ein unumschränktes diesbezügliches Prüfungsrecht zugestanden wird, so kann ihm doch gestattet werden, bei schwerwiegenden Bedenken gegen die Ausführung des Befehls sogenannte "Gegenvorstellungen" zu erheben¹.

Eine allgemeine Pflicht, Gegenvorstellungen zu erheben, wird jedoch für den Untergebenen nicht begründet². Der Soldat würde dann nämlich bei Gehorchen trotz bestehender Bedenken die Pflicht zur Gegenvorstellung verletzen und damit letztlich auch durch das Ausführen dieses Befehls mit Verantwortung belastet. Der Soldat soll vielmehr dazu angehalten werden, in zweifelhaften Fällen den Befehl auszuführen, ohne daß ihm zugleich das Risiko einer Verantwortung für die Ausführung angelastet wird; die Verantwortung für die Ausführung trägt grundsätzlich der Vorgesetzte (s. § 10 Abs. V SG). Zudem soll der auf die Rechtmäßigkeit des Befehls vertrauende, deshalb gehorchende Untergebene geschützt werden; dieser Schutz wäre aber durch die Begründung einer Pflicht zur Erhebung von Gegenvorstellungen nicht gewährleistet. Außerdem würde diese Pflicht eine Häufung unbegründeter Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Befehle heraufbeschwören und durch die daraus resultierenden unnötigen Gegenvorstel-

¹vgl. Rittau, SG, S. 114, Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 40 und in WK 1956, S. 195.

²so Entwurf zum Soldatengesetz, BTDrucks. Nr. 1700, S. 21, Brandstetter, FreiwilligenG, S. 99, Schreiber in WK 1956, S. 195, Rittau, SG, S. 114.

lungen die Promptheit der Befehlsausführung gefährden¹.

In manchen Fällen besteht allerdings für den Untergebenen eine Pflicht zur Erhebung von Gegenvorstellungen. Diese Pflicht wird dann angenommen, wenn unklare Befehle erteilt werden, der Vorgesetzte sich im Irrtum über tatsächliche Umstände befindet und bei Kenntnis der wahren Sachlage den Befehl nicht erteilt hätte².

Eine Verletzung dieser nur in Ausnahmefällen bestehenden Pflicht zur Erhebung von Gegenvorstellungen kann aber schon begrifflich nicht als Ungehorsam bestraft werden, da der Untergebene nicht gegen die Gehorsamspflicht verstoßen hat; eine Verletzung der Pflicht zur Erhebung von Gegenvorstellungen kann aber disziplinarisch geahndet werden. Abgesehen von diesen Fällen trifft den Untergebenen jedoch keine Pflicht zur Nachprüfung eines Befehls bzw. zur Erhebung von Gegenvorstellungen. Er kann im Vertrauen auf die von dem Befehl als staatlichen Hoheitsakt ausgehende Vermutung der Rechtmäßigkeit gehorchen, ohne befürchten zu müssen, deswegen zur Verantwortung gezogen zu werden. Dieses Vertrauen wird aber nur soweit geschützt, als die Vermutung der Rechtmäßigkeit des Befehls reicht. Im folgenden soll daher untersucht werden, wann diese Vermutung nicht mehr gegeben ist, wann also die "Grenze der Legitimität" überschritten³, damit der militärische Befehl u n v e r b i n d l i c h wird und die Gehorsamspflicht in Wegfall gerät.

¹ vgl. Entwurf zum Soldatengesetz, BTDrucks. Nr. 1700, S. 21, Rittau, SG, S. 114, Scherer, SG, S. 72.

² vgl. Arndt, Grundriß, S. 119, Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 40, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 19, BGHSt in NZWehrR 1964, S. 125.

³ Stratenwerth aaO, S. 54.

1. Kapitel: Unverbindliche Befehle, die nicht befolgt werden dürfen (Verweigerung des Gehorsams als Rechtspflicht¹)

§ 5 Befehle, durch deren Ausführung ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde (§ 11 Abs. II S. 1 SG)²

I. Die Unverbindlichkeit eines Befehls, durch dessen Ausführung ein Verbrechen oder Vergehen verübt würde, ergibt sich aus § 11 Abs. II S. 1 SG; nach dieser Bestimmung darf der Untergebene diesem Befehl keinen Gehorsam leisten. Als notwendige Konsequenz dieser Vorschrift drängt sich die Annahme der Unverbindlichkeit dieser Befehle auf. Diese Folgerung zieht § 22 Abs. I S. 1 WStG dadurch, daß in der beispielhaften Aufzählung möglicher Fälle der Unverbindlichkeit dieser Fall mit angeführt wird. Die Statuierung der Unverbindlichkeit dieser Befehle ist ein notwendiges Korrelat zu der Bestimmung des § 11 Abs. II S. 2 SG i. V. mit § 5 WStG, worin die Eigenverantwortlichkeit des Untergebenen bei Befolgung solcher Befehle ausgesprochen wird. Der Gesetzgeber erachtete die Verhinderung des Bruches der Straf-

¹Die systematische Einteilung der unverbindlichen Befehle in solche, die nicht befolgt werden dürfen, nicht befolgt zu werden brauchen und nicht befolgt werden können, hat bereits Schreiber in NZWehrR 1965, S. 1 ff vorgeschlagen.

²Um der Systematik willen werden die gesetzlich geregelten Fälle der Unverbindlichkeit nicht gesondert aufgeführt, sondern im Rahmen ihrer Stellung im System erörtert.

rechtsordnung in der Begehungsform des Verbrechens oder Vergehens für höherwertiger als die Aufrechterhaltung der Disziplin¹. § 11 Abs. II S. 1 SG hebt "mit Rücksicht auf die Erfahrungen der Vergangenheit" hervor, "daß eine strafrechtliche Norm stets stärker ist als der militärische Befehl"²; Übertretungen sollen jedoch ausgespart bleiben.

Nach dem geltenden Recht (s. § 11 Abs. II S. 1 SG, § 22 Abs. I S. 1 WStG) ist ein Befehl dann unverbindlich, wenn der Vorgesetzte und der Untergebene, zumindest aber der Vorgesetzte oder der Untergebene den Sachverhalt positiv kennen, auf Grund dessen die Ausführung der anbefohlenen Handlung den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens verwirklichen würde. Denkbar ist hierbei die Fallgestaltung, daß nur der Vorgesetzte als Täter in Frage kommt, während der Untergebene infolge mangelnden Vorsatzes nur als straflos handelndes Werkzeug tätig wird. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, daß nur der Untergebene den wahren Sachverhalt kennt, er also bei Befolgung ein Verbrechen oder Vergehen in objektiver und subjektiver Hinsicht begehen würde, der Vorgesetzte aber infolge Tatirrtums oder Zurechnungsunfähigkeit straflos bliebe³. Der Untergebene braucht dabei nicht über rechtskundige Vorstellungen

¹ vgl. Scherer, SG, S. 70.

² Begr. zum Entwurf des Soldatengesetzes, BTDrucksache Nr. 1700, S. 20.

³ so Arndt, Grundriß, S. 117 und in GA 1957, S. 50, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 26 zu § 2.

darüber zu verfügen, was als Verbrechen oder Vergehen zu qualifizieren ist. Es genügt, daß er in der Ausführung des Befehls in seiner "Laiensphäre" einen schweren Bruch der Rechtsordnung, "etwas erheblich Unrechtes" sieht¹ und die auszuführende Handlung nicht als leichtes kriminelles Delikt, als eine "strafrechtliche Geringfügigkeit"² betrachtet.

Unverbindlich sind z. B. folgende Befehle:

der Befehl, vor Gericht in einem Prozeß gegen einen anderen Vorgesetzten auch unter Eid falsch auszusagen (§§ 153, 154 StGB);

der Befehl, einen dem Vorgesetzten mißliebigen Soldaten nachts maskiert zu verprügeln - sog. "Heiliger Geist" (§ 223 a StGB);

der Befehl, einem anderen Soldaten Geld zu stehlen (§ 242 StGB).

Der Untergebene kann in all diesen Fällen als Alleintäter, Mittäter, Gehilfe oder nur als straflos handelndes Werkzeug im Sinne der zivilstrafrechtlichen Terminologie³ tätig sein⁴.

Bedenklich in dieser Allgemeinheit erscheint die von Arndt⁵ vertretene Auffassung, daß auch jener Befehl unverbindlich sei, der

¹Arndt, Grundriß, S. 118, vgl. Arndt in NZWehrR 1960, S. 150.

²Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 8 zu § 22.

³zum Begriff "Werkzeug" vgl. Schönke-Schröder, StGB, Rdn. 15 ff vor § 47.

⁴Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 26 zu § 2.

⁵Arndt in NZWehrR 1960, S. 152.

dem Untergebenen eine lediglich nach ausländischem Recht als Verbrechen oder Vergehen strafbare Handlung ansinne. Arndt führt hierzu das Beispiel des Piloten an, der in Friedenszeiten das Gebiet eines fremden Staates überfliegen und Geheimobjekte oder militärische Anlagen fotografieren soll. Dem Piloten drohe bei Gefangennahme ein Strafverfahren wegen Spionage; die gleiche Zwangslage wie in den Fällen des § 11 Abs. II S. 2 SG erfordere gleiche Behandlung; daher sei auch dieser Befehl unverbindlich.

Schon im Beispiel Arndts kommt eine Einschränkung seiner pauschal vertretenen Meinung darin zum Ausdruck, daß der angeführte Befehl in Friedenszeiten erteilt wird. Anscheinend zweifelt auch Arndt nicht die Verbindlichkeit solcher Befehle in Kriegszeiten an, in denen Aufklärungsflüge unerlässlich sind. Im Interesse der Aufrechterhaltung der sofortigen, effektiven Verteidigungsbereitschaft kann aber auch in Friedens- und vor allem in Spannungszeiten eine Aufklärung über die militärische Situation der potentiellen Gegnerstaaten z. B. durch Aufklärungsflüge zur Aufrechterhaltung des Friedens dringend erforderlich sein und kann nicht von der Tatsache abhängig gemacht werden, daß dem Piloten eine Bestrafung nach dem Recht des anderen Staates drohe. Sollte womöglich das ausländische Recht eines "Unrechtsstaates" für die Frage der Verbindlichkeit eines innerstaatlichen Befehls maßgebend sein? Die mögliche Bestrafung nach ausländischem Recht gehört zu den "berufsblichen Gefahren", die dem Soldaten aus seiner Pflicht, auch in Spannungszeiten Recht und Freiheit zu verteidigen (s. § 7 SG), erwachsen. Im übrigen würde die Ansicht Arndts zu einer großen Unsicherheit bezüglich der Verbindlichkeit von Befehlen führen,

da das ausländische Recht nicht immer seinem vollen Inhalt und seiner vollen Tragweite nach bekannt ist.

Maßstab für die Beurteilung der Verbindlichkeit solcher Befehle, die dem Untergebenen eine lediglich nach ausländischem Recht strafbare Handlung anweisen, kann nur ein innerstaatliches Kriterium sein. Hierfür bieten sich die Kriterien der zu wahrenen Menschenwürde, der Freiheit der Gewissensentscheidung und der Güter- und Gefahrenabwägung an, also jene Fälle des offensichtlich unzumutbaren Befehls. Es wäre demnach z. B. dem Piloten in Friedens- und Spannungszeiten nicht zuzumuten, über ~~einem~~ potentiellen Feindstaat eine Brandbombe mit verheerender Wirkung auch für die Zivilbevölkerung abzuwerfen; der darauf abzielende Befehl wäre unverbindlich, weil es mit der Würde des Piloten nicht zu vereinbaren wäre, ihn zum bloßen Objekt eines staatlichen Massenvernichtungswillens herabzustufen oder weil diese Massenvernichtung seiner eigenen Gewissensentscheidung zwingend entgegenstehen würde. Ebenso unverbindlich wäre auch der Befehl, über dem Gebiet eines ausländischen Staates mit anderer Gesellschaftsform Propagandaflugblätter abzuwerfen, da dieser Befehl offensichtlich den Rahmen des militärisch Notwendigen verläßt. Verbindlich hingegen wäre der Befehl, in Spannungszeiten etwa Aufklärungsflüge über dem vermutlichen Aufmarschgebiet in den angrenzenden Staaten zu unternehmen.

Aus § 22 Abs. I S. 1 WStG ergibt sich, daß nur diejenigen Befehle unverbindlich sind, durch deren Befolgung ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde. Ein Befehl, durch dessen Erteilung hingegen ein Verbrechen oder Vergehen verübt würde, fällt demnach nicht unter diese Kategorie unverbindlicher Befehle¹. In diesem Fall werden nicht Rechtsgüter Dritter verletzt, sondern der Befehlsempfänger selbst, der Untergebene ist Objekt des Verbrechens oder Vergehens; diese Möglichkeit ist z. B. dann gegeben, wenn der Vorgesetzte dem Untergebenen ohne hinreichenden

¹so Arndt, Grundriß, S. 119, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 26 zu § 2.

dienstlichen Grund befiehlt, eine lebensgefährdende Übung durchzuführen¹. Hier könnte sich der Vorgesetzte einer fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung strafbar machen. Diese Fälle hat aber § 22 Abs. I S. 1 WStG i. V. m. § 11 Abs. II S. 1 SG nicht im Auge, da dort der Untergebene Ausführender bzw. Mitbeteiligter der strafbaren Handlung ist und deshalb im Hinblick auf dessen Eigenverantwortlichkeit nach § 5 WStG die Gehorsampflicht entfällt.

Die Befehle, deren Erteilung bereits den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens verwirklichen würde, sind also nicht schon auf Grund der § 11 Abs. II S. 1 SG, § 22 Abs. I S. 1 WStG unverbindlich. Es besteht jedoch die Möglichkeit, daß diese Befehle aus einem anderen Grunde, etwa wegen Verstoßes gegen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. II S. 1 GG, keine Gehorsampflicht auslösen können².

II. Aus dem Wortlaut der §§ 11 Abs. II S. 1 SG, 22 Abs. I S. 1 WStG, die sich bei der beispielhaften Hervorhebung dieses Falles der Unverbindlichkeit auf Verbrechen und Vergehen beschränken, ist der zwingende Schluß zu ziehen, daß Befehle zur Begehung einer Übertretung oder Ordnungswidrigkeit verbindlich bleiben³.

¹ vgl. Iller-Unglück bei der Bundeswehr.

² so auch Arndt, Grundriß, S. 120 und Schwaiger aaO, S. 181, die jedoch eine eventuelle Unverbindlichkeit wegen Verletzung der Menschenwürde annehmen.

³ so auch Dreher-Lackner-Schwalb, WStG, Rdn. 26 zu § 2, Arndt in NZWehrR 1960, S. 151, Wegener in NZWehrR 1959, S. 132, Jescheck, Befehl, S. 81, Rittau, SG, Anm. 4 zu § 11, Hahnenfeld, SG, S. 93.

Beispiele:

der Befehl, die zulässige Höchstgeschwindigkeit bei einer Dienstfahrt zu überschreiten oder nachts auf einer öffentlichen Straße unbeleuchtet zu fahren;

der Befehl, bei Manöver über bestellte Äcker zu fahren (s. § 368 Ziff. 9 StGB)¹.

Auch der Befehl, außerstrafrechtliches Unrecht, also die Verletzung der Normen des Privatrechts, z. B. eine Besitzstörung nach § 858 Abs. I BGB zu begehen, ist verbindlich². Bei all diesen Befehlen wird eine nicht gravierende Rechtsverletzung zugunsten der Aufrechterhaltung der Disziplin und der militärischen Ordnung in Kauf genommen. Nur der befehlende Vorgesetzte ist in diesen Fällen nach § 10 Abs. V S. 1 SG für die Durchführung verantwortlich, d. h. er wird nach den allgemeinen Vorschriften des Strafrechts³ als Anstifter oder mittelbarer Täter zur Verantwortung gezogen⁴. Die Feststellung der Verbindlichkeit dieser Befehle ist jedoch mit dem einschränkenden Zusatz zu versehen, daß sich die Unverbindlichkeit solcher Befehle aber aus einem anderen Grunde, etwa der Erteilung zu nicht dienstlichen Zwecken ergeben kann⁵.

Für den Untergebenen taucht hier die Schwierigkeit

¹ weitere Beispiele bei Wegener in NZWehrR 1959, S. 132 ff.

² so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 26 zu § 2, Arndt in NZWehrR 1960, S. 151.

³ § 33 WStG ist hier nicht einschlägig, da er sich nur auf Begehung von Verbrechen oder Vergehen bezieht.

⁴ Wegener in NZWehrR 1959, S. 134.

⁵ so auch Rittau, WStG, Vorbem. 1 vor §§ 19 - 21.

der Unterscheidung zwischen Vergehen einerseits und Übertretung bzw. Ordnungswidrigkeiten andererseits auf; diese Unterscheidung ist nicht immer leicht zu treffen, da die Grenzen zwischen diesen Deliktsarten sehr verwaschen und flüssig sind. Man verlangt vom Untergebenen jedoch nur das "laienhafte" Bewußtsein, daß materiell erhebliches strafwürdiges Unrecht begangen werde, wenn die Abgrenzung Vergehen - Übertretung bzw. Ordnungswidrigkeit in Frage steht¹. Im Hinblick auf die doch sehr flüssigen Grenzen zwischen Vergehen und Übertretungen und angesichts der Tatsache des mehrmaligen Auffassungswandels des Gesetzgebers bezüglich der Bewertung dessen, was als Vergehen, Übertretung oder Ordnungswidrigkeit² zu betrachten ist, ist man versucht zu fragen, ob es sinnvoll war, die Gehorsamspflicht von der Grenzziehung zwischen Vergehen und Übertretungen bzw. Ordnungswidrigkeiten abhängig zu machen³. Eine Beantwortung dieser Frage bleibt aber dem Schlußteil der Arbeit mit der Kritik an der geltenden gesetzlichen Regelung des Ungehorsams vorbehalten.

¹ Jescheck, Befehl, S. 81.

² Der Gesinnungswandel des Gesetzgebers wird deutlich im neuen Straßenverkehrsrecht, das viele Übertretungen des Verkehrsstrafrechts in Ordnungswidrigkeiten umwandelte.

³ so auch Rittau, SG, Anm. 4 zu § 11 SG und Wegener in NZWehrR 1959, S. 136. Die Folgerungen, die sich aus der äußerst schwierigen Abgrenzung dieser Deliktsarten für den Untergebenen im Falle der irrtümlich falschen Bewertung des Deliktscharakters ergeben, werden bei der Behandlung der Irrtumsproblematik eingehend erörtert.

§ 6 Befehle, die gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG) verstoßen

I. Die Unverbindlichkeit eines Befehls, der gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verstößt, ist nicht ausdrücklich in den §§ 11 SG, 22 WStG erwähnt, sondern aus dem Sinn des Art. 25 GG abzuleiten. Art. 25 GG trifft nämlich eine Entscheidung in der Kollision zwischen der Pflicht zur Beachtung völkerrechtlicher Normen und der militärischen Gehorsampflicht.

1. Um die Folge der Unverbindlichkeit eines Befehls wegen Verstoßes gegen völkerrechtliche Normen auf eine verständliche Weise darlegen zu können, ist zunächst auf den Aussagegehalt des Art. 25 GG einzugehen.

In dem Streit zwischen den "monistischen", "dualistischen" bzw. "pluralistischen" Theorien¹ bezüglich der rechtsdogmatischen Auffassung zum Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht bezieht Art. 25 GG keine ausdrückliche Stellung². Zumindest aber in Bezug auf die all-

¹ zu diesen Theorien vgl. Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 93 f, Verdross, Völkerrecht, S. 111 ff, Guggenheim, Völkerrecht, Bd. I S. 25 ff, Jescheck, Verantwortung, S. 213.

² so Grewe in VVDStRL 12, 147, Doebling aaO, S. 139, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 673, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 12 zu Art. 25.

gemeinen Regeln des Völkerrechts nimmt das Grundgesetz eine "völkerrechtsfreundliche Haltung"¹ ein, nähert sich damit der "monistischen" Theorie mit Primat des Völkerrechts. Hinsichtlich dieser allgemeinen Regeln des Völkerrechts enthält Art. 25 GG nämlich eine "perpetuierliche und automatische Inkorporierung"², d. h. mit Inkrafttreten des Art. 25 GG ist jede bestehende und wird jede künftig neu entstehende allgemeine Regel des Völkerrechts für die Dauer ihrer Geltung automatisch und formlos in der Bundesrepublik Deutschland mit innerstaatlicher Gültigkeit ausgestattet. Da Art. 25 GG diese Wirkung nur für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts entfaltet, wandelte der Gesetzgeber hinsichtlich des Völkervertragsrechts, den speziellen Regeln des Völkerrechts noch in den Bahnen der dualistischen Theorie³. Es kann dahingestellt bleiben, ob Art. 25 GG den inkorporierten allgemeinen Regeln des Völkerrechts Überverfassungsrang⁴, Verfassungsrang⁵ oder

¹BVerfGE 6, 363, Menzel in JuS 1963, S. 49.

²Menzel in BK, Bd. I Anm. II 3 u. 4 zu Art. 25.

³so Menzel in JuS 1963, S. 49.

⁴so Figorsch aaO, S. 55 ff und zum Teil auch v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 681 f.

⁵so Doebling aaO, S. 175 ff, bes. S. 181 ff.

nur eine Stellung zwischen Verfassung und Gesetz¹ einräumt. In jedem Fall nämlich ist dem eindeutigen Wortlaut des Art. 25 S. 2 GG zufolge bei einem Widerspruch mit einem förmlichen innerstaatlichen Gesetz die allgemeine Regel entscheidend; der nach Art. 25 S. 2 GG unmittelbar gebundene Bundesbürger muß anstelle des Gesetzesbefehls die allgemeine Regel des Völkerrechts befolgen. Allerdings können solche allgemeinen Regeln des Völkerrechts eine Bindung des Einzelnen nur dann erreichen, wenn sie ihrem Inhalt nach rechts- und pflichtbegründenden Charakter für Einzelpersonen haben wollen und haben können²; Art. 25 S. 2 GG kann sich aber nicht für jene Völkerrechtsnormen auswirken, die sich ausschließlich an Staaten wenden oder rein organisatorischer Natur sind. Auch bei einer Kollision zwischen der in einem förmlichen innerstaatlichen Gesetz (§ 11 Abs. I S. 1 SG) statuierten Gehorsamspflicht und einer allgemeinen Regel des Völkerrechts ist diese Auslegung des Art. 25 GG maßgebend; der Untergebene ist daher durch die in Art. 25 S. 2 GG erzeugte Individualpflicht gehalten, bei einem völkerrechtswidrigen Befehl die

¹so Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 100, Herzog in DÖV 1960, S. 775, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 25 zu Art. 25, BVerfGE 6, 363.

²Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 21 bb zu Art. 25, Doehring aaO, S. 156 ff.

allgemeine Regel des Völkerrechts anstelle des gegebenen Befehls zu beachten. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 25 S. 2 GG wird die Bestimmung eines einfachen Gesetzes, somit auch § 11 SG durch die allgemeine Regel des Völkerrechts verdrängt¹, der Soldat darf auf Grund seiner Individualverpflichtung aus Art. 25 S. 2 GG den gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts verstößenden Befehl nicht befolgen, dieser ist daher unverbindlich². Diesem Ergebnis, das von der h. M. entwickelt wurde, tritt lediglich Dahm³ entgegen:

"Aus Art. 25 GG jedenfalls ist nur die Rechtswidrigkeit des völkerrechtswidrigen Befehls an sich, nicht aber die Unverbindlichkeit des Befehls ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse der Ordnung und Disziplin abzulesen. Dabei kann es einen Zweifel darüber nicht geben, daß in der Annahme verbindlicher völkerrechtswidriger Befehle Zurückhaltung geübt werden muß. Aber wo diese Grenze liegt, läßt sich dem Art. 25 GG nicht entnehmen."

¹ so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 27 zu § 2, Jescheck, Befehl, S. 84.

² so Rittau, WStG, Vorbem. 2 IV vor §§ 19 - 21, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 27 zu § 2, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 8, Jescheck, Befehl, S. 84, Doehring, aaO, S. 166, Schwaiger aaO, S. 183, Dreher, Schafheutle und Neudeck in der 190. Sitzung des Rechtsausschusses des 2. BT, Prot. S. 8 - 10, BGHSt 15, 271.

³ Dahm, Völkerstrafrecht, S. 77.

Dieser Meinung muß entgegengehalten werden, daß sich aus der in Art. 25 S. 2 GG niedergelegten Pflicht zur Einhaltung der allgemeinen Regel und der Verdrängung des § 11 SG zwangsläufig die Unverbindlichkeit eines völkerrechtswidrigen Befehls ergibt; welchen Sinn hätte es, einen Befehl als verbindlich zu bezeichnen, wenn der in einem staatlichen Gesetz verankerten Gehorsamspflicht nach der Aussage des Art. 25 S. 2 GG keine Beachtung geschenkt werden darf?¹ Die eindeutige Aussage des Art. 25 S. 2 GG verbietet es, bei einem Konflikt zwischen einer allgemeinen Regel des Völkerrechts und einem erteilten Befehl noch einmal eine Abwägung zwischen den allgemeinen Regeln und den "Bedürfnissen der Ordnung und Disziplin" zu treffen. Jeder Befehl, der eine allgemeine Regel des Völkerrechts verletzt, ist daher auf Grund der diesen Regeln eingeräumten Vorrangstellung unverbindlich.

2. Die Unverbindlichkeit völkerrechtswidriger Befehle ist aber nur für den Fall des Verstoßes gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts gegeben. Es bedarf daher einer näheren Untersuchung dieses in Art. 25 GG verwendeten Begriffes.

a) Nur allgemeinen Regeln des Völkerrechts² kommt die Inkorporierungswirkung des Art. 25 GG

¹ vgl. auch Doebling aaO, S. 166.

² zu den verschiedenen Definitionen des Begriffes "Völkerrecht" vgl. Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 1 ff.

zu, somit nur allgemeinen Regeln aus dem Bereich von Normen, die das Verhalten der Staaten untereinander und der zum internationalen Rechtsverkehr zugelassenen Einzelpersonen regeln¹. Damit scheiden schon jene Grundsätze aus, die nur Völkermoral, Völkersitte oder Völkerbräuche zum Inhalt haben, da diese keine verpflichtende Wirkung entfalten und keiner Sanktionierung fähig sind².

b) Es muß sich um allgemeine völkerrechtliche Regeln handeln, also um generell-abstrakte Rechtsätze³, nicht nur um subjektive Berechtigungen oder Verpflichtungen. Die lediglich zweiseitig verpflichtenden Staatsverträge oder etwa nur Einzelmaßnahmen beinhaltende Beschlüsse (z. B. der Vereinten Nationen) können prinzipiell keine allgemeinen Regeln des Völkerrechts erzeugen, da sie keinen normsetzenden Charakter besitzen⁴.

¹so Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 9, vgl. Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 2 und Menzel, Völkerrecht, S. 2.

²vgl. Pigorsch aaO, S. 16 f, Verdross, Völkerrecht, S. 29 f, Menzel, Völkerrecht, S. 103 f, Sauer, Völkerrecht, S. 17 ff, Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 31 ff, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 14 zu Art. 25.

³so Pigorsch aaO, S. 7 f, Fr. Klein in Jahrbuch f. intern. Recht Bd. 11, S. 163, Menzel, Völkerrecht, S. 23, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 17 zu Art. 25, vgl. auch Doebring aaO, S. 125 ff.

⁴Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 17 zu Art. 25.

Verträge können allerdings allgemeine Regeln des Völkerrechts dann enthalten, wenn sie nur solche wiederholen oder deklarieren¹. In der Regel aber erhält der Inhalt bilateraler völkerrechtlicher Verträge innerstaatliche Gültigkeit nicht auf dem Wege der Inkorporierung gem. Art. 25 GG, sondern erst durch Transformation auf dem durch das Grundgesetz vorgeschriebenen Weg (s. Art. 59 Abs. I, II und Art. 32 Abs. III GG)².

c) Die Vokabel "allgemein" bezieht sich nicht etwa auf den Inhalt der allgemeinen Regel - diese Eigenschaft ist schon in dem Begriff "Regel" enthalten -, sondern auf ihre Verbreitung in der Völkerrechtsgemeinschaft³. Die Regel muß demnach eine gewisse Breitenwirkung erzielen, muß Anerkennung durch die Völkerrechtsgemeinschaft finden⁴. Eine lediglich europäische Geltung ist jedoch heute nicht mehr identisch mit "allgemeiner" Geltung⁵. Deshalb kann auch die Römische Konvention des Europarats zum Schutze der Menschenrechte

¹ so Doebling aaO, S. 130, Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 21, Menzel in BK, Bd. I Anm. II 2 zu Art. 25, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 27 zu § 2, BVerfGE 6, 363, OVG Münster in NJW 1956, S. 1364.

² vgl. Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 99/100.

³ so Herzog in DÖV 1960, S. 776 gegen Guaradze in DÖV 1960, S. 287, so auch Klein in Jahrb. f. int. Recht Bd. 11 S. 164, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 675.

⁴ vgl. Menzel in BK, Bd. I S. 7 zu Art. 25.

⁵ so Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 99.

und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählen, da sie nur von europäischen Staaten unterzeichnet wurde, daher nur für einen geringen Teil der Völkerrechtsgemeinschaft Geltung besitzt; dem Erfordernis der "Allgemeinheit" ist hier noch nicht Genüge getan¹.

Es ist aber andererseits auch nicht notwendig, daß die Regel ausnahmslos von allen Staaten - also universal - anerkannt wird, sondern es genügt, daß ein Großteil der Staaten und Großmächte dieser Regel - generell - zustimmt². Insbesondere muß im Gegensatz zu der Praxis des Art. 4 WRV, der von allgemein anerkannten Regeln sprach, für die Qualifizierung als allgemeine Regel des Völkerrechts die Zustimmung des eigenen Staates nicht vorliegen³.

d) Als Rechtserzeugungsquellen solcher allgemeiner Regeln des Völkerrechts dienen das ungeschriebene Völkergewohnheitsrecht, unter Umständen das Völkervertragsrecht und allgemeine, von den zivilisierten Staaten anerkannte Rechtsgrundsätze⁴.

¹ so Christian Hodler: "Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Bonner Grundgesetz", Göttingen 1953, S. 64, Echtermöller in JZ 1955, S. 690, Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 99; zur Gegenmeinung vgl. die bei v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 677 angeführte Literatur.

² so Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 99, Klein in Jahrbuch f. int. Recht Bd. 11, S. 164 m. w. Nachw..

³ Menzel in JuS 1963, S. 48, Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 65, Sauer, Völkerrecht, S. 24, Pigorsch, aaO S. 18 ff m. w. Nachw..

⁴ Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 35 f, Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 100, Schübbe aaO, S. 18 ff, Scholtissek aaO, S. 68, Doehring aaO, S. 125.

Einhellige Meinung herrscht zunächst darüber, daß im Völkergewohnheitsrecht allgemeine Regeln des Völkerrechts begründet sein können¹. Unter dem Begriff des Völkergewohnheitsrechts versteht die h. L. in Parallele zu dem bürgerlich-rechtlichen Begriff des Gewohnheitsrechts den Inbegriff jener völkerrechtlichen Normen, die von einem Rechtsüberzeugungswillen der Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft getragen in wiederholter, regelmäßiger und weitverbreiteter Übung entstanden sind². So hat z. B. der Satz "pacta sunt servanda" auch im Völkerrecht gewohnheitsrechtliche Geltung³. Das Völkervertragsrecht kann Völkergewohnheitsrecht enthalten, wenn es solches lediglich deklariert⁴. Ein wichtiger Satz des Völkergewohnheitsrechts vor Abschluß der Haager Landkriegsordnung vom 18. Oktober 1907 war z. B. die Regel, daß Kampfhandlungen nur gegen militärische Ziele gerichtet werden dürfen und daß die Zivilbevölkerung als solche niemals das Ziel eines Angriffs sein darf⁵. Art. 25 der HLKO von

¹ Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 100, Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 35, Pigorsch aaO, S. 9, Schübbe aaO, S. 57 ff m. w. Nachw., vgl. auch ZDv 15/10, S. 11.

² so Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 100, Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 29, Schübbe aaO, S. 57 ff, Pigorsch aaO, S. 8 f, Sauer, Völkerrecht, S. 9 f, Menzel, Völkerrecht, S. 93.

³ so Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 100, vgl. dazu auch Doehring aaO, S. 130 ff.

⁴ so Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 21, BGHSt 1, 399, vgl. Fußn. 1 auf Seite 46.

⁵ ZDv 15/10 S. 11.

1907 (= Anlage zum Abkommen "Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkrieges")¹ aber hat diesen völkergewohnheitsrechtlichen Satz lediglich konkretisiert dadurch, daß er untersagt, unverteidigte Städte, Dörfer, Wohnstätten oder Gebäude anzugreifen "mit welchen Mitteln es auch immer sei". Die Bestimmungen der Haager Landkriegsordnung waren also teilweise nur Wiedergabe des damals geltenden Völkergewohnheitsrechts². Auch die restlichen Bestimmungen der Haager Landkriegsordnung enthalten, soweit sie nicht formalrechtlicher, verfahrensrechtlicher Natur sind, auf Grund der nachfolgenden allgemeinen Anerkennung durch einen Großteil der Völkerrechtsgemeinschaft völkergewohnheitsrechtliche Regeln³; damit besitzen die Kernsätze der Haager Landkriegsordnung den Charakter von allgemeinen Regeln des Völkerrechts⁴.

Es besteht zudem noch die Möglichkeit, daß völkerrechtliche Verträge, insbesondere multilaterale Vereinbarungen, allgemeine Regeln des Völkerrechts dann erzeugen, wenn der Inhalt dieser Ver-

¹RGBl 1910, S. 107 ff.

²so auch Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 21 u. Bd. III, S. 297, v. d. Heydte, Völkerrecht, Bd. II S. 221, Wengler, Völkerrecht, Bd. II S. 1376, BGH in NJW 1957, S. 222.

³so Wengler, Völkerrecht, Bd. II S. 1376.

⁴so auch Verdross, Völkerrecht, S. 145, Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 21 und Völkerstrafrecht, S. 69, Fußn. 168, Jescheck, Verantwortlichkeit, S. 217, Berber, Völkerrecht, Bd. II S. 156, Scheuner, Stellung der Streitkräfte, S. 27, Dreher-Lackner-Schwalb, WStG, Rdn. 13 zu § 2, BGHSt 1, 398, OLG Frankfurt in NJW 1953, 265.

trüge etwa als Modellregelung durch die Rechtsentwicklung über den ursprünglichen Kreis der Vertragspartner hinaus eine weltweite Ausdehnung und Anerkennung erfahren hat und somit zum Völkergewohnheitsrecht geworden ist¹. Dies wird z. B. von dem Briand-Kellogg-Pakt zur Ächtung des Angriffskrieges vom 27. 8. 1928 angenommen, dessen Inhalt sogar in Art. 2 Ziff. 4 der UN-Satzung aufgenommen wurde². Der Gedanke der Verurteilung des Angriffskrieges als Mittel zur Lösung zwischenstaatlicher Streitigkeiten stellt daher eine allgemeine Regel des Völkerrechts dar; die Aufnahme dieses Gedankens in die UN-Satzung bestätigt seine aktuelle, gewohnheitsrechtliche Geltung. Der Befehl zur Teilnahme an einem verbotenen Angriffskrieg ist jedoch für den Soldaten der Bundeswehr nicht unverbindlich³. Aus Art. 25 S. 2 GG kann eine Pflicht zur Nichtbefolgung dieses Befehls nicht abgeleitet werden, da Art. 25 S. 2 GG sich nur dann auswirkt, wenn die allgemeine Regel des Völkerrechts rechts- und pflichtbegründenden Charakter für Einzelpersonen haben kann und haben will. Das Verbot des Angriffskrieges kann und will sich aber nur an die Staa-

¹ so Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 22, Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 56 ff. Verdross, Völkerrecht, S. 145, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 15 zu Art. 25.

² Berber, Völkerrecht, Bd. II S. 35, Scheuner, Stellung der Streitkräfte, S. 36, Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 22, Jescheck, Verantwortlichkeit, S. 211, Verdross, Völkerrecht, S. 438.

³ so aber Arndt, Grundriß, S. 116, der zu diesem Ergebnis mit dem Hinweis auf Art. 26 GG gelangt.

ten bzw. Staatsorgane wenden, in deren Einflußbereich es liegt, dieses Verbot zu beachten; dieses Verbot will aber nicht den einzelnen Soldaten binden, dem jegliche Einflußnahme auf die Einhaltung dieser allgemeinen Regel verwehrt ist. Das Verbot der Führung von Angriffskriegen verpflichtet daher nur die Staaten bzw. Staatsorgane. Die Annahme der Unverbindlichkeit des Befehls zur Teilnahme an einem verbotenen Angriffskrieg ist zudem mit militärpraktischen Schwierigkeiten verbunden, die sich nachteilig auf die Einsatzbereitschaft des Heeres auswirken können. Der Soldat verfügt in der Regel nicht über die spezifisch völkerrechtlichen Kenntnisse, die zur Klärung der Frage nötig sind, ob die Führung eines verbotenen Angriffskrieges beabsichtigt sei. Die unterschiedliche Beantwortung dieser Frage würde die Schlagkraft der Streitkräfte lähmen, die Durchsetzung der Intentionen der militärischen Führung und die Gewährleistung einer wirksamen Verteidigungsbereitschaft in Frage stellen.

Auch die Grundsätze der vier Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zum Schutze der Opfer des Krieges erfüllen das Erfordernis der allgemeinen Zustimmung der Mehrheit der Völkerrechtsgemeinschaft, da sie von über 50 Staaten ratifiziert wurden und ihnen später noch zahlreiche Staaten, u. a. die Bundesrepublik und die DDR beigetreten sind¹.

¹ so auch Jescheck, Befehl, S. 82/83, Berber, Völkerrecht, Bd. II S. 74 f, 156 m. w. Nachw., anscheinend auch Dahm, Völkerstrafrecht, S. 69, Fußn. 168 und Arndt in NZWehrR 1960, S. 147, s. auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 2, vgl. Scheuner, Stellung der Streitkräfte, S. 27, 34, 57.

So ist z. B. das Verbot von Repressalien gegenüber der Zivilbevölkerung (s. Art. 33 des 4. Genfer Abkommens) als allgemeine Regel des Völkerrechts aufzufassen.

Umstritten ist die Frage, ob die in Art. 38 Abs. I lit. c des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofes in Den Haag als Rechtsquelle des Völkerrechts genannten "allgemeinen, von den zivilisierten Staaten anerkannten Rechtsgrundsätze" als allgemeine Regeln des Völkerrechts i. S. des Art. 25 GG gelten können. Es handelt sich hierbei um Rechtsgrundsätze, die so allgemeiner Natur sind, daß sie in den Rechtsordnungen der Mehrzahl der Kulturvölker enthalten und auf zwischenstaatliche Beziehungen übertragbar sind¹. Das aus diesen Rechtsordnungen ableitbare Prinzip wird von der überwiegenden Lehre des Völkerrechts auch in den Kreis der allgemeinen Regeln einbezogen, da es wegen seiner Verbreitung auch dem Erfordernis der Allgemeinheit genügt². Bei regelmäßiger Anwendung können diese allgemeinen Rechtsgrundsätze auch den Charakter eines Völkergewohnheitsrechts annehmen³.

¹ vgl. die bei Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 66 ff, angeführten Definitionen dieses Begriffes, weiterhin Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 35 ff, Verdross, Völkerrecht, S. 147 ff, Doehring aaO, S. 125 ff und Pigorsch aaO, S. 11 ff.

² so Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 71, 99, Sauer, Völkerrecht, S. 23, Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 37 u. Völkerstrafrecht, S. 69, Menzel in BK, Bd. I Anm. II 2 zu Art. 25, Doehring aaO, S. 126; a. A. Pigorsch aaO, S. 11 ff und die dort Zitierten.

³ Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 70 und Pigorsch aaO, S. 15.

Als Beispiel solcher allgemeiner Rechtsgrundsätze werden häufig genannt der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot des Rechtsmißbrauches, das Verbot des Verstoßes gegen die guten Sitten und der Grundsatz der Menschlichkeit¹.

e) Allgemeine Regeln des Völkerrechts i. S. des Art. 25 GG sind demnach jene Normen, welche die Beziehungen der Völkerrechtssubjekte untereinander regeln und bei einem Großteil der Staaten verpflichtende Geltung erlangt haben; solche Regeln können im Völkergewohnheitsrecht, unter Umständen im Völkervertragsrecht und in den allgemeinen, von den zivilisierten Staaten anerkannten Rechtsgrundsätzen enthalten sein.

Allgemeine Regeln des Völkerrechts sind z. B.:

der Grundsatz des Verbots des Mißbrauchs der Parlamentärsflagge, der Unverletzlichkeit des Parlamentärs, des Verbots des Mißbrauchs des Rotkreuzabzeichens, des Verbots der Tötung von Kriegsgefangenen, des Verbots der Geiselnahme, des Verbots von Repressalien gegen die Zivilbevölkerung, des Verbots der Plünderung von öffentlichem oder privatem Eigentum auf feindlichem Gebiet u. a.².

Gemäß Art. 25 S. 2 GG tritt für jeden Soldat der Bundeswehr eine unmittelbare Bindung an die allgemeinen Regeln des Völkerrechts ein, soweit diese für Einzelpersonen Rechte und Pflichten begründen können und wollen.

¹ vgl. die Beispiele bei Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 71, Dahm, Völkerrecht, Bd. I S. 36, Verdross, Völkerrecht, S. 148.

² weitere Beispiele bei Manz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 20 zu Art. 25.

In der Regel kann es sich bei der Individualpflicht aus Art. 25 S. 2 GG nur um eine Unterlassungspflicht handeln, da dem einzelnen meist nicht die Mittel und Möglichkeiten zur Durchsetzung und aktiven Gestaltung der allgemeinen Regel zur Verfügung stehen¹; für den militärischen Bereich richtet sich daher als Ausfluß der Individualpflicht des Art. 25 S. 2 GG an den Soldaten das Gebot, die Ausführung eines Befehls zu verweigern, wenn der Befehl eine allgemeine Regel des Völkerrechts verletzt. In der Form der Unterlassung der Ausführung eines völkerrechtswidrigen Befehls genügt somit der Soldat seiner Individualverpflichtung aus Art. 25 S. 2 GG.

II. Besondere Probleme des unverbindlichen, völkerrechtswidrigen Befehls

1. Auf die Frage der Verantwortlichkeit des Soldaten bei Ausführung des unverbindlichen, völkerrechtswidrigen Befehls braucht im Rahmen dieser Arbeit, die sich mit den Folgen der Nichtausführung eines Befehls beschäftigt, nicht ausführlich eingegangen zu werden².

Die Bestrafung für die Ausführung eines völkerrechtswidrigen unverbindlichen Befehls ist allerdings nur dann rechtlich geboten, wenn man eine Verantwortlichkeit des einzelnen Soldaten entweder unmittelbar auf Grund allgemeinen Völkerrechts annimmt³ oder aber der Auffassung bei-

¹ Doebling aaO S. 164.

² vgl. dazu Dahm, Völkerstrafrecht, S. 14 ff.

³ so Verdross, Völkerrecht, S. 218, aber einschränkend auf Kriegsverbrecher, weiter Jescheck, Verantwortlichkeit, S. 208 ff., Eusthadiades in Festschrift für R. Laun, S. 396 ff.

tritt, daß das Völkerrecht nicht "ex proprio vigore"¹ auf Individuen wirke, sondern nur die betreffenden Staaten verpflichte, Gerichtsbarkeit über die eigenen Staatsangehörigen auszuüben und sie auch nach Völkergewohnheitsrecht berechtige, Angehörige der feindlichen Streitmächte für die Verletzung des Völkerrechts zu bestrafen². In jedem Fall aber ist eine Einzelhaftung des Soldaten nach Völkerrecht möglich³. Allerdings bleibt dann noch zu prüfen, ob der Befehl nicht als Rechtfertigungsgrund für den Völkerrechtsverstoß des Untergebenen angesehen werden kann⁴.

2. Eine Schwierigkeit hinsichtlich des unverbindlichen völkerrechtswidrigen Befehls ergibt sich aus der rechtlichen Konsequenz der Aussage des Art. 25 S. 1 GG, aus der Tatsache der "perpetuierenden und automatischen Inkorporierung" aller allgemeinen Regeln des Völkerrechts in das innerstaatliche Recht. Das Völkerrecht, vor allem das Völkergewohnheitsrecht ist dauernden Veränderungen unterworfen, die nicht immer schriftlich fixiert werden. Diese Veränderungen werden aber stetig und automatisch nach Art. 25 S. 1 GG Bestandteil des bindenden innerstaatlichen Rechts. Die Möglichkeit der Erkenntnis des Verstoßes gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts durch einen militärischen Befehl ist daher sehr in Frage gestellt.

¹ Briggs, The LAW of Nations, 2. Auflage, London 1953, S. 96.

² so Berber, Völkerrecht, Bd. I S. 173, Briggs aaO, S. 96, Dahm, Völkerstrafrecht, S. 52 f, vgl. auch Scheuner, Stellung der Streitkräfte, S. 32.

³ vgl. hierzu Verdross, Völkerrecht, S. 458.

⁴ vgl. hierzu Fuhrmann aaO, S. 7 ff, Verdross, Völkerrecht, S. 219 f.

3. Der Untergebene sieht sich weiterhin der Schwierigkeit ausgesetzt, daß er oft wegen der fehlenden tiefgehenden Kenntnisse auf dem Gebiet des Völkerrechts gar nicht in der Lage ist, die Verletzung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts durch den ihm erteilten Befehl festzustellen. Zwar werden dem Untergebenen durch den völkerrechtlichen Unterricht¹ schon in Friedenszeiten die wichtigsten Bestimmungen des Kriegsvölkerrechts bekanntgemacht, jedoch würde das Verlangen nach fundierter juristischer Aufklärung über die Unverbindlichkeit eines völkerrechtswidrigen Befehls nach Art. 25 GG die Fähigkeiten des unterrichtenden Vorgesetzten überbeanspruchen. Klar ersichtlich ist wohl noch die Völkerrechtswidrigkeit eines Befehls zum Mißbrauch des Roten Kreuzes, z. B. zur Tarnung eines Munitionstransportes. Ein solcher Befehl ist unverbindlich, da er die Regeln der Genfer Konventionen² verletzt, die als allgemeine Regeln des Völkerrechts anerkannt sind. Klar erkennbar ist auch die Völkerrechtswidrigkeit einer militärischen Anweisung, die den Angriff auf Lazarette, Zivilkrankenhäuser

¹ § 33 Abs. I S. 1 SG; im zweiten Weltkrieg waren die maßgebenden Bestimmungen für den Landkrieg durch HDv 231 I und LDv 64 I in Heer und Luftwaffe eingeführt worden. Außerdem wurden zu Beginn des Krieges "Zehn Gebote über die Kriegsführung des deutschen Soldaten" in Form eines in das Soldbuch einzulegenden Merkblattes verteilt. Dennoch hat sich "in zahlreichen Nachkriegsverfahren ... gezeigt, daß selbst hohe Truppenführer über die Regeln des Kriegsvölkerrechts nicht genügend unterrichtet waren" (Uhlig aaO, S. 302, Fußn. 18).

² vgl. auch Artt. 23 f HKLO.

oder gekennzeichnete Verwundetentransporte befiehlt. Auch dieser Befehl verletzt Regeln der Genfer Konventionen¹ und ist daher unverbindlich.

Die mageren Kenntnisse der Soldaten reichen aber nicht mehr aus, bestrittene völkerrechtliche Probleme, etwa die Frage der Legalität des Einsatzes von Atomwaffen² oder der erlaubten präventiven Repressalie³ zu lösen und daraus die Folgerung der Unverbindlichkeit oder Verbindlichkeit eines Befehls zu ziehen. Wie soll weiterhin der Untergebene aus der Sicht seines begrenzten Aktionsbereichs beurteilen, ob der eine allgemeine Regel des Völkerrechts verletzende Befehl nicht durch die zulässige militärische Notwehr, die militärische Notwendigkeit⁴, den völkerrechtlichen Notstand, der erlaubten Repressalie oder des Grundsatzes "tu quoque"⁵ gerechtfertigt ist⁶?

¹ Artt. 19, 35 des 1. Genfer Abkommens, Artt. 18, 21 des 4. Genfer Abkommens.

² vgl. hierzu die Übersicht der Meinungen bei Eberhard Menzel, Legalität und Illegalität der Anwendung von Atomwaffen, Köln 1960, weiterhin Berber, Völkerrecht, Bd. II S. 171.

³ vgl. dazu Jescheck, Verantwortlichkeit, S. 262, Fuhrmann aaO, S. 23.

⁴ vgl. Art. 23 g HKLO.

⁵ vgl. BGHSt 15, 30.

⁶ zu den völkerrechtlichen Rechtfertigungsgründen vgl. Jescheck, Verantwortlichkeit, S. 220 ff und 328 ff, Verdross, Völkerrecht, S. 425 ff, Berber, Völkerrecht, Bd. II S. 235 ff, Dahm, Völkerstrafrecht, S. 72, Sauer, Völkerrecht, S. 255 ff.

Hierzu mag als Beispiel der berühmte "Kommissarbefehl" Hitlers während des Zweiten Weltkrieges dienen; es handelte sich hierbei um den zu Anfang des Rußlandfeldzuges ausgegebenen Befehl, kriegsgefangene sowjetische Kommissare sofort zu erschießen. Dieser Befehl zur sofortigen Tötung von Kriegsgefangenen wurde damit begründet, daß der Feind selbst die Grundsätze der Menschlichkeit und des Völkerrechts mißachtet habe, sie auch in Zukunft nicht beachten werde¹ und daß insbesondere von den politischen Kommissaren eine grausame, unmenschliche Behandlung der deutschen Kriegsgefangenen zu befürchten sei². Hitler wollte diesen Befehl also mit dem Hinweis auf eine präventive Repressalie rechtfertigen. Repressalien gegen Kriegsgefangene sind aber in keinem Falle erlaubt³. Der "Kommissarbefehl" war daher unverbindlich, da er ein völkerrechtlich nicht gerechtfertigtes Verbrechen des Mordes oder Totschlages zum Inhalt hatte⁴.

¹Uhlig aaO, S. 338.

²Hölper in Uhlig aaO, S. 339.

³v. d. Heydte in Uhlig aaO, S. 339, Verdross, Völkerrecht, S. 459, Berber, Völkerrecht, Bd. II S. 237.

⁴vgl. oben S. 33.

III. Ergebnis

Der Befehl, der gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts i. S. des Art. 25 GG verstößt, ist dann unverbindlich, wenn diese Regel einen für Einzelpersonen rechts- und pflichtbegründenden Charakter trägt. Da der deutsche Soldat bei einem Widerstreit zwischen der nach innerstaatlichem Recht geforderten Gehorsamspflicht und einer allgemeinen Regel des Völkerrechts nach Art. 25 S. 2 GG zur Verweigerung des Gehorsams berechtigt ist, gerät er in solchen Kollisionsfällen nicht gleichsam "zwischen die Blätter einer Todesschere"¹, der Gefahr der Verurteilung durch das Standgericht bei Nichtausführung oder durch das feindliche Gericht bei Ausführung des Befehls. Auf Grund der Aussage des Art. 25 S. 2 GG trifft den Soldaten eine Pflicht zur Nichtausführung eines Befehls, der eine allgemeine Regel des Völkerrechts verletzt. Da dem Soldaten bei Ausführung eine Eigenhaftung² droht, wird dieses Ergebnis auch durch eine Parallele zu § 11 Abs. II S. 1 SG bestätigt³.

¹Boissier aaO, S. 113.

²oben S. 54/55.

³vgl. oben S. 33 ff.

2. Kapitel: Unverbindliche Befehle, die nicht befolgt zu werden brauchen (Das Recht, aber nicht die Pflicht der Verweigerung des Gehorsams)

§ 7 Befehle, die an offensichtlichen Zuständigkeitsmängeln leiden

I. Die Frage der Verbindlichkeit eines Befehls, der von einem unzuständigen Vorgesetzten erteilt worden war, wurde schon im früheren Wehrrecht behandelt. Danach war ein Befehl "gewaltlos"¹, trug nur den "Schein eines militärischen Befehls"², wenn der befehlende Vorgesetzte nicht befehlsberechtigt, wenn er unzuständig war. Diese "gewaltlosen" Befehle waren nach der damaligen Lehrmeinung unverbindlich³, so z. B. der Befehl, den ein Zivilist einem Soldaten erteilte. Bewegte sich aber der Befehlende im Rahmen seiner "allgemeinen militärischen Zuständigkeit"⁴, so blieb der Befehl generell verbindlich.

II. Im geltenden Wehrrecht hat die Frage der Verbindlichkeit des Befehls eines unzuständigen Vorgesetzten noch keine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren.

¹ Kalberlah in ZWehrR Bd. VII, S. 305 und die dort Zitierten.

² Heckel, Wehrverfassung, S. 369.

³ so Heckel, Wehrverfassung, S. 369, vgl. auch RMG 8, 140 ff; 10, 228 ff; 21, 122; 22, 80, und die bei Kalberlah in ZWehrR Bd. VII, S. 305, Fußn. 36 zitierte Literatur.

⁴ Gutachten des RKG v. 1. 6. 1943, abgedr. bei Rittau, SG, S. 111 f.

In der Literatur zum heutigen Wehrrecht herrschen bezüglich der rechtlichen Einordnung solcher Befehle unterschiedliche Auffassungen.

a) Einigkeit besteht noch darin, daß ein Befehl dann nicht vorliegt, wenn es an der Vorgesetzten-eigenschaft des Befehlenden als einem Tatbestandsmerkmal des Befehlsbegriffes (s. § 2 Ziff. 2 WStG) er-mangelt¹; das Verlangen des Befehlenden ist nur ein Nicht-Befehl. Zwar ziehen nur v. Mitzlaff² und Rittau³ ausdrücklich diesen Schluß, doch läßt sich dieses Ergebnis auch aus den Ausführungen der anderen Autoren zu dem Befehlsbegriff zwingend ableiten. Solche Nicht-Befehle sind z. B. der Befehl eines Kasernenwärters der Wach- und Schließgesellschaft⁴ oder eines Soldaten einer anderen Nato-Macht⁵; in diesen Fällen fehlt es schon objektiv an der Vorgesetztenstellung i. S. der Vorgesetztenverordnung. Nicht-Befehle dieser Art brauchen daher nicht als unverbindlich erklärt zu werden⁶, da schon die Befehlseigenschaft i. S. des § 2 Ziff. 2 WStG nicht vor-

¹so v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 87 und Rittau, SG, S. 113, vgl. aber auch Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 17 ff, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 10 zu § 2, eindeutig aber an anderer Stelle, s. Rdn. 3 zu § 32.

²v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 87.

³Rittau, SG, S. 113.

⁴Beispiel bei Rittau, SG, S. 113.

⁵Beispiel bei Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 19.

⁶so noch das frühere Wehrrecht, vgl. Heckel, Wehrverfassung, S. 369.

handen ist. Nicht-Befehle können daher auch keine Gehorsampflicht nach § 11 Abs. I S. 1 SG auslösen, ihre Nichtbefolgung ist schon tatbestandsmäßig kein Ungehorsam.

b) Hinsichtlich der Befehle der sachlich unzuständigen Vorgesetzten divergieren nun aber die Auffassungen. Der Streit nimmt seinen Ausgangspunkt bei den sachlich begrenzten Vorgesetztenverhältnissen nach §§ 2, 3, 5 und 6 VorgVO¹. Diese Vorgesetzten haben nur in beschränktem Umfang Befehlsbefugnis; überschreiten sie ihre sachlich begrenzte Befehlsbefugnis, dann taucht die Frage auf, ob die unter Überschreitung der Befehlsbefugnis erteilten Befehle noch "Befehle" i. S. des § 2 Ziff. 2 WStG sind.

Schreiber² und Arndt³ vertreten die Meinung, daß bei einer Überschreitung der sachlich begrenzten Befehlsbefugnis die Vorgesetzteneigenschaft ende. Dies hat zur Folge, daß diese "Befehle" nicht mehr als Befehle i. S. des § 2 Ziff. 2 WStG qualifiziert werden können, da das Tatbestandsmerkmal der Vorgesetzteneigenschaft nicht gegeben ist. Nach dieser Meinung bedarf es daher einer Diskussion über die Unverbindlichkeit dieser Befehle nicht, weil diese als Nicht-Befehle keine Gehorsampflicht auslösen können⁴.

¹ oben S. 7/8.

² Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 21.

³ Arndt in GA 1957, S. 52, dessen Ansicht daraus folgt, daß er den Irrtum hierüber als Tatbestandsirrtum auffaßt.

⁴ so Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 56, zum Beispiel des Fachvorgesetzten; so auch Schwaiger aaO, S. 193, der allerdings zu diesem Ergebnis auf Grund seines von der h. L. abweichenden Befehlsbegriffs gelangt.

Die in der Literatur vertretene Gegenmeinung¹ hingegen ist der Auffassung, daß die trotz Mißbrauchs der Befehlsbefugnis ergangenen militärischen Anweisungen Befehle i. S. des § 2 Ziff. 2 WStG seien; die einmal begründete Vorgesetzteneigenschaft bleibe erhalten, wenn der Vorgesetzte lediglich im konkreten Fall seine Befugnis überschreite². Konsequenterweise diskutiert diese Meinung dann die Frage der Unverbindlichkeit solcher Befehle. Dreher³ will hierbei anscheinend jeden derartigen Befehl als unverbindlich betrachten, während Scherer⁴ und v. Mitzlaff⁵ diese Befehle dann mit der Folge der Unverbindlichkeit belegen, wenn der Vorgesetzte offensichtlich seine sachlich begrenzte Befehlsbefugnis überschritten hat.

c) Stellungnahme

Die Meinungen, die im Streit um die rechtliche Einordnung der unter Überschreitung der sachlich beschränkten Befehlsbefugnis erteilten Befehle vertreten werden, gehen von einem unzumutbaren Ausgangspunkt aus; sie suchen, da die Streitfrage im Gesetz nicht entschieden ist, eine Lösung durch die

¹v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 87, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 10 zu § 2, anscheinend auch Scherer, SG, Anm. II 2 zu § 2 VorgVO, Rittau, SG, S. 113/114 und Jescheck, Befehl, S. 78, da sie solche Befehle für unverbindlich erklären.

²so auch die amtliche Begründung zum Entwurf des WStG, s. BTDrucks. 3040, S. 15 (2. Wahlperiode).

³in Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 31 zu § 2.

⁴Scherer, SG, Anm. II 2 zu § 2 VorgVO und III zu § 3 VorgVO.

⁵v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 87/88.

Interpretation des Begriffes "Vorgesetzter" im Zusammenhang mit der Befehlsbefugnis zu gewinnen¹, gelangen aber hierbei auf Grund mehrerer Interpretationsmöglichkeiten zu den verschiedensten Ergebnissen. Besser empfiehlt sich eine durchaus als dogmatisch zu bezeichnende Lösung, die im allgemeinen Verwaltungsrecht ihren Ausgangspunkt nimmt und eine einheitliche Lösung der Streitfrage gewährleistet. Da jeder Befehl nur als Sonderfall eines staatlichen Hoheitsaktes zu betrachten ist, kann bei der rechtlichen Behandlung seiner Fehlerquellen eine Parallele zur Lehre von den fehlerhaften Verwaltungsakten gezogen werden², die im weiteren Sinne ebenfalls staatliche Hoheitsakte darstellen.

Daher muß zunächst der Grundgedanke der im allgemeinen Verwaltungsrecht getroffenen Unterscheidung zwischen Nicht-Akten und nichtigen Akten im Wehrrecht entsprechend angewendet werden. Demnach sind Nicht-Befehle solche Befehle, die von Nicht-Soldaten erteilt wurden, da diese lediglich private, nicht aber militärische Willensäußerungen darstellen³.

¹ vgl. Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 10 a. E. zu § 2, Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 21.

² so auch Begründung des Regierungsentwurfes des Soldatengesetzes, BTDrucks. Nr. 1700, S. 21, und Rittau, SG, S. 113, die aber keine weiteren Untersuchungen anstellen, vgl. auch Stratenwerth aaO, S. 49, und Schroeder in WK 1956, S. 24.

³ für den Bereich des Verwaltungsrechts vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 221, Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 337.

Die Lehre von der Abgrenzung zwischen Nicht-Akten und nichtigen Akten bedarf aber im Wehrrecht noch einer Ergänzung; da die Vorgesetzteneigenschaft als Tatbestandsmerkmal in der Legaldefinition des Befehlsbegriffes nach § 2 Ziff. 2 WStG aufgeführt ist, sind auch alle militärischen Anweisungen von absolut unzuständigen Soldaten Nicht-Befehle. Im allgemeinen Verwaltungsrecht hingegen führt die absolute Unzuständigkeit zur Nichtigkeit¹, läßt aber den Verwaltungsaktscharakter unberührt.

Beispiel: Der "Befehl" eines Gefreiten, der sich außer Dienst gegenüber betrunkenen Rekruten zum Vorgesetzten erklärt, ist ein Nicht-Befehl, da die Vorgesetztenstellung nach § 6 VorgVO nur ab Unteroffiziersdienstgrad begründet werden kann.

Ist hingegen eine Vorgesetzteneigenschaft in irgendeiner Form nach der VorgVO gegeben, überschreitet aber der Vorgesetzte seine sachlich begrenzte Befehlsbefugnis, dann ist in Anlehnung an die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt dieser Befehl nur dann unverbindlich, wenn die Überschreitung offensichtlich ist². Im Zweifel muß der autoritative Charakter, das hoheitliche Handeln des Vorgesetzten den Ausschlag geben. Schon die Begründung zum

¹vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 339, Jelinek, Verwaltungsrecht, S. 276.

²vgl. für das Verwaltungsrecht Forsthoff, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 225 und die dort Zit., für das Wehrrecht Stratenwerth aaO, S. 155, im Ergebnis auch v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 88 und Scherer, SG, Anm. II 2 zu § 2 VorgVO und III zu § 3 VorgVO.

Entwurf des Soldatengesetzes zeichnete diesen Lösungsweg vor: "Das deutsche Recht kennt entsprechend den Grundsätzen, die für die Nichtigkeit staatlicher Hoheitsakte in der Lehre vom unwirksamen Verwaltungsakt entwickelt worden sind, weitere Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit des Befehls seine Unverbindlichkeit zur Folge hat"¹.

In Anknüpfung an die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt, aber auch im Interesse der Promptheit der Ausführung eines militärischen Befehls bleiben daher diejenigen Befehle verbindlich, bei denen die Überschreitung nicht offensichtlich zu Tage tritt; der Soldat wird hier auf das Rechtsmittel der Beschwerde nach der Wehrbeschwerdeordnung verwiesen. Die Auffassung Drehers², daß jeder Befehl, der unter Überschreitung der sachlich begrenzten Befehlsbefugnis erteilt wurde, unverbindlich sei, muß deshalb abgelehnt werden. Die durch die offensichtliche Überschreitung der sachlich begrenzten Befehlsbefugnis bewirkte Unverbindlichkeit von Befehlen führt aber nicht dazu, daß die Ausführung verweigert werden muß. Da dem Untergebenen keine Bestrafung bei Ausführung eines wegen offensichtlicher Überschreitung der sachlich beschränkten Befehlsbefugnis unverbindlichen Befehls droht, ist kein dem Tatbestand des § 11 Abs. II S. 1 SG ähnelnder Konfliktfall gegeben, der eine analoge Anwendung dieser Bestimmung ermöglichen würde. Der Untergebene braucht vielmehr

¹BTDrucks. 1700, 2. Wahlperiode, S. 21.

²in Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 31 zu § 2.

solche Befehle nicht zu befolgen, kann aber ohne Eigenverantwortung seiner Gehorsampflicht nachkommen¹.

Beispiele: Der Sanitätsfeldwebel (Fachvorgesetzte) befiehlt einem Rekruten: "Bringen Sie Ihre Stube in Ordnung" oder er erläßt den Befehl zur Teilnahme an einer nach Dienstschluß angesetzten Gefechtsausbildung, weil er die mangelnde Aufmerksamkeit beim Sanitätsunterricht ahnden möchte. Diese Befehle überschreiten offensichtlich die auf den Bereich des Sanitätswesens beschränkte Befehlsbefugnis des Sanitätsfeldwebels und sind deshalb unverbindlich; sie brauchen nicht befolgt zu werden.

§ 8 Befehle zu nichtdienstlichen Zwecken

- I. Die Unverbindlichkeit eines Befehls, der nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist, wird ausdrücklich in § 11 Abs. I S. 3 SG i. V. mit § 22 Abs. I S. 1 WStG hervorgehoben. Diese ausdrückliche Beschränkung der Gehorsampflicht auf den dienstlichen Bereich geht auf den Vorschlag des Bundesrates bei der Entstehung des Soldatengesetzes zurück².

Es bedarf zunächst der Definition des Begriffes "dienstlicher Zweck", um ein Kriterium zur Abgrenzung des Bereiches "nichtdienstlicher Zweck", damit ein Kriterium für die Unverbindlichkeit eines Befehls aus diesem Grunde zu schaffen.

¹so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 34 i. V. mit Rdn. 31 zu § 2.

²BTDruks. Nr. 1700, 2. Wahlperiode, S. 38.

Unter dem Begriff des Dienstes verstand die Rechtsprechung des Reichsgerichts¹ "die Gesamtheit der Verrichtungen, denen sich die Angehörigen der Wehrmacht in ihrer Eigenschaft als Soldaten zu unterziehen haben, um die Erfüllung der zu den Angelegenheiten der Wehrmacht gehörigen Aufgaben zu ermöglichen".

Dreher² begnügt sich damit, unter Anführung dieser Rechtsprechung den Begriff des Dienstes als "weit gespannt" zu bezeichnen, ohne aber den Versuch zu unternehmen, eine konkrete Begrenzung dieses umfassenden Begriffes zu finden.

Auch Arndt³ und Rittau⁴ versuchen, die dienstliche Zweckbestimmung eines Befehls durch eine Verweisung auf die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts⁵ und des Reichsmilitärgerichts⁶ darzulegen. Der dienstlichen Zweckbestimmung unterfällt danach alles, was der militärische Dienst seinem Wesen nach erfordern kann. Jescheck⁷ und Schreiber⁸ versuchen die Dienstbezogenheit eines Befehls durch angeführte Beispiele zu erklären, ohne aber zu einer Definition dieses Be-

¹RGSt 64, 67, vgl. RGSt 58, 110; 59, 330 (334).

²in Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 2.

³Arndt, Grundriß, S. 190.

⁴Rittau, SG, S. 105.

⁵RGSt 58, 110; 64, 67.

⁶RMG 5, 150.

⁷Jescheck, Befehl, S. 78, Fußn. 28.

⁸Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 42.

griffes vorzudringen. Nach Jescheck¹ sei z. B. der dienstliche Zweck nicht gegeben bei dem Befehl zur Mithilfe beim Bau eines privaten Schwimmbades oder bei dem Befehl, die Festnahme einer deutschen Zivilperson im Ausland wegen Verdachts auf eine strafbare Handlung zu erwirken; ein dienstlicher Zweck sei aber vorhanden bei dem Befehl des UvD an einen betrunken vom Ausgang heimkehrenden Soldaten, ins Bett zu gehen². Schreiber³ meint, dem Befehl, das kitschige Gemälde in der Privatwohnung des Untergebenen zu entfernen, fehle jegliche Dienstbezogenheit, der Befehl sei daher unverbindlich. Über diesen Versuch der exemplarischen Verdeutlichung des Merkmals "dienstlicher Zweck" hinaus werden aber keine Anstrengungen zur Erlangung einer Definition des Begriffes "Dienst" unternommen.

Die Definition der früheren Rechtsprechung, auf die die Literatur zum geltenden Wehrrecht teilweise zurückgreift, ist jedoch zu formal und zu dehnbar. Der Begriff des "Dienstes" muß vielmehr aus den im Soldatengesetz näher bezeichneten Pflichten und Aufgaben des Soldaten eine Konkretisierung, zugleich aber auch eine Begrenzung erfahren.

Aufgabe und Ziel der Bundeswehr, damit ihrer Angehörigen, ist es, die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland gegen alle äußeren und inneren Feinde zu schützen und im Ernstfall diese Grundordnung zu verteidigen; daher ist diese Pflicht zur Grundpflicht des Soldaten erhoben worden (s. §§ 7, 8 SG).

¹ Jescheck, Befehl, S. 78, Fußn. 28.

² vgl. hierzu aber LG München in NZWehrR 1961, S. 171.

³ Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 42.

Dieser Zielsetzung entsprechend obliegt es dem militärischen Dienst, den Soldaten der Bundeswehr zu einem verantwortungsbewußten "Staatsbürger in Uniform" zu erziehen und ihm für den Verteidigungsfall eine entsprechende militärische Ausbildung angedeihen zu lassen. Die weiteren Einzelpflichten des Soldatengesetzes (s. §§ 9 ff SG) tragen ebenso zur Ausfüllung des Begriffes "dienstlicher Zweck" bei. Soweit diese Pflichten dabei den außerdienstlichen Bereich berühren, dienen sie durchaus dienstlichen Zwecken¹. So ist z. B. der Befehl, bei privaten Fahrten mit dem Motorrad einen Sturzhelm zu tragen, von einer dienstlichen Zweckbestimmung getragen, da er die Gesundheitspflicht der Soldaten nach § 17 Abs. IV SG konkretisiert². Natürlich dienen auch Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Disziplin und des Verwaltungs- und Versorgungsapparates dienstlichen Zwecken.³

Damit streben all jene Befehle einen dienstlichen Zweck an, die der Erfüllung und Konkretisierung der im Soldatengesetz näher fixierten Einzelpflichten des Soldaten bzw. der Grundpflicht des Soldaten zur wirksamen Verteidigung der Bundesrepublik und der damit erforderlichen militärischen Ausbildung im Frieden dienen.

Dabei ist zu beachten, daß durch die Formulierung "dienstlicher Zweck" diesem Begriff ein subjektiver Charakter beigelegt wurde⁴. Ein Befehl, der einen

¹Arndt, Grundriß, S. 191.

²so Schütze in NZWehrR 1961, S. 101, Arndt in NZWehrR 1961, S. 99, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 7, BDH, Wehrdienstsenat in NZWehrR 1961, S. 85 ff.

³Arndt, Grundriß, S. 190, vgl. RGSt 64, 67.

⁴so auch Schreiber in NZWehrR 1965, S. 6/7.

dienstlichen Zweck anstrebt, dieses Ziel aber mit falschen Mitteln oder unter Verletzung der Rechtsordnung erreichen will, entbehrt nicht deshalb schon seines dienstlichen Zweckes; es wäre ein Trugschluß zu glauben, "daß ein unzulässiger Befehl keinen dienstlichen Zweck haben könne"¹. Solche Befehle können aber aus einem anderen Grunde unverbindlich sein. Alle Befehle, die nach den angestellten Erörterungen als dienstlichen Zwecken dienend bezeichnet werden können, sind insoweit verbindlich, als sich nicht aus einem anderen Grunde ihre Unverbindlichkeit ergibt; Befehle außerhalb der dienstlichen Zweckbestimmung aber sind ohnehin nach § 11 Abs. 1 S. 3 SG i. V. mit § 22 Abs. I S. 1 WStG unverbindlich.

II. Die zu nichtdienstlichen Zwecken erteilten, unverbindlichen Befehle im einzelnen²

1. Befehle, die außermilitärischen Zwecken dienen

a) Zunächst liegt ein Befehl, der lediglich private Zwecke verfolgt, außerhalb der militärdienstlichen Zweckbestimmung und ist deshalb unverbindlich³. Unverbindlich sind daher z. B. folgende Befehle:

¹Scherer in NZWehrR 1961, S. 99.

²vgl. die zahlreichen Beispiele bei Schwaiger aaO, S. 161 ff.

³so auch Scherer, SG, Anm. II 3 a zu § 11 und Arndt, Grundriß, S. 190.

der Befehl an einen Untergebenen während einer privaten Auseinandersetzung in einem Tanzlokal, sofort in die Kaserne zurück-zukehren¹;

der Befehl, für die Frau des Kompaniechefs Teppiche zu klopfen, für die Einkäufe zu tätigen, Kinder zu hüten oder diese bei einer Privatfahrt zu chauffieren²;

der Befehl, aus eigenen Mitteln eine Schürze zur Schonung der Uniform anzuschaffen³;

der Befehl, eigene Mittel zu Besorgungen für den Vorgesetzten zu verauslagen⁴.

b) Unverbindlich sind auch Befehle, die zwar nicht privaten, sondern öffentlichen Interessen dienen, jedoch außerhalb der militärdienstlichen Zweckbestimmung liegen.

Unverbindlich wäre z. B.:

der Befehl an eine militärische Dienststelle im Ausland, die Festnahme einer deutschen Zivilperson in diesem Land wegen Verdachts einer strafbaren Handlung zu erwirken,

weil die Herbeiführung der vorläufigen Auslieferungshaft nach dem Deutschen Auslieferungsgesetz Sache der Justizbehörden ist, nicht aber zu den Aufgaben der Bundeswehr zählt⁵.

¹ Beispiel bei Schreiber in NZWehrR 1965, S. 4.

² vgl. ähnliche Beispiele bei Schreiber in NZWehrR 1965, S. 4.

³ RMG 21, 121.

⁴ Rittau, WStG, Vorbem. 2 II vor §§ 19 - 21.

⁵ Jescheck, Befehl, S. 78.

2. Befehle, die dienstwidrigen Zwecken dienen

Unverbindlich sind zudem Befehle, die von dem Untergebenen die Verletzung militärischer Pflichten verlangen oder unter Mißachtung der im Soldatengesetz niedergelegten Verbote erteilt wurden und damit dienstwidrige Zwecke verfolgen¹. Die Verletzung militärischer Pflichten oder Verbote kann aber im konkreten Einzelfall, vor allem im Kriegsfall bei einer Pflichtenkollision zugunsten einer höherrangigen Pflicht (z. B. der Pflicht zur Verteidigung des Vaterlandes) geboten sein; Befehle, die unter diesen Umständen mit rechtfertigendem Grund die Verletzung militärischer Pflichten fordern, sind daher nicht unverbindlich². So ist z. B. der im Verteidigungsfall erteilte Befehl verbindlich, über den Feldfernsprecher eine falsche dienstliche Meldung über Stärke und Ausrüstung der Kompanie durchzugeben, weil der begründete Verdacht besteht, daß der Feind die eigenen Nachrichtenübermittlungswege überwacht; die Grundpflicht des Soldaten zur Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland (s. § 7 SG) verdrängt als höherrangige Pflicht die Pflicht zur Wahrheit in dienstlichen Angelegenheiten (s. § 13 Abs. I SG). Dagegen sind z. B. folgende Befehle unverbindlich:

der Befehl, in einer bestimmten Sache eine falsche dienstliche Meldung zu erstatten³ (Verletzung der Wahrheitspflicht nach § 13 Abs. I SG);

¹ vgl. Scherer, SG, Anm. II 3 b zu § 11.

² so auch Schreiber, in NZWehrR 1965, S. 6, vgl. auch Rittau, SG, S. 107 und RGSt 61, 242/254.

³ Scherer, SG, Anm. II 3 b zu § 11, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 5.

der Befehl, einem dem Befehlenden mißliebigen Vorgesetzten den Gehorsam zu verweigern
(Verletzung der Gehorsamspflicht nach
§ 11 Abs. I S. 1 SG);

der Befehl, im Rahmen des staatsbürgerlichen Unterrichts über die verfehlte Konzeption der Regierung unter Adenauer zu referieren oder über "den Unsinn der Beschwichtigungspolitik der Sozialdemokraten" ein Referat zu halten¹ (Verletzung der Pflicht, sich im Dienst jeglicher politischer Betätigung zu enthalten,
§ 15 Abs. I SG; Verstoß gegen das Verbot der einseitigen politischen Beeinflussung der Soldaten im Staatsbürgerkundeunterricht, § 33 Abs. I S. 3 SG).

§ 9 Grundrechtsbeschränkende Befehle

I. Der Soldat als Grundrechtsträger

Durch die Neufassung des Art. 1 Abs. III GG durch das Gesetz vom 19. 3. 1956 wurde verdeutlicht, daß auch die militärische Vollzugsgewalt als Teil der "vollziehenden Gewalt" i. S. des Art. 1 Abs. III GG einer Grundrechtsbindung unterworfen ist; der Soldat der Bundeswehr ist daher Grundrechtsträger². Ebenso sollte die weitverbreitete Formel vom "Staatsbürger in Uniform" nur zum Ausdruck bringen, daß während des Wehrdienstes

¹ Beispiel bei Schwaiger aaO, S. 161.

² so Martens aaO, S. 107 f, Salzmann aaO, S. 74, Mercker aaO, S. 3, Roemer in JZ 1956, S. 193, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 6 zu Art. 17 a, s. auch Art. 45 b GG.

die zivile Subjektsqualität des Soldaten weitgehend erhalten bleiben soll¹. Jedoch erfordert das Wesen des militärischen Unterordnungsverhältnisses entsprechend seiner Eigenart und im Interesse der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Heeres gewisse Einschränkungen der Freiheitsrechte des einzelnen Soldaten. So wurden z. B. in der preußischen Verfassung von 1850 (s. Artt. 11 Abs. I, 38, 39) die "Rechte der Preußen" für militärische Zwecke eingeschränkt². Die Reichsverfassung von 1871 enthielt keinen Grundrechtskatalog, so daß sich diese Frage nur für die Mitgliedstaaten stellte. Während der Zeit der "Weimarer Republik" gab Art. 133 Abs. II WRV mit seiner generellen Ermächtigung zur Einschränkung von Grundrechten die Möglichkeit, die staatsbürgerlichen Rechte während des Militärdienstes zu beschneiden.

Auch das heutige Wehrdienstverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis mit gesteigerter Gehorsamspflicht³ muß auf eine absolute Wahrung der Grundrechtssphäre des gewaltunterworfenen Soldaten verzichten⁴. Es

¹vgl. § 6 S. 1 SG.

²Lerche, Grundrechte, Bd. IV 1, S. 452; solche Einschränkungen enthielten auch § 29 der sächsischen Verfassung von 1831, die Artt. 32, 27 der preuß. Verfassung v. 1848 und die §§ 138, 159, 163 der Frankfurter Reichsverfassung.

³das Wehrdienstverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis bezeichnen u. a. H. Krüger und Ule in VVDStRL Heft 15, S. 109 ff und 133 ff, Lerche, Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl 1954, S. 626 f.

⁴vgl. § 6 S. 2 SG.

bleibt deshalb zu prüfen, inwieweit Befehle im Rahmen dieses besonderen Gewaltverhältnisses in die Grundrechte des Soldaten eingreifen dürfen.

II. Die Einschränkung der Grundrechte im Wehrdienstverhältnis

Zum besseren Verständnis der Klärung der Frage des einschränkbaren Bereichs der Grundrechte des Soldaten im Wehrdienstverhältnis als einer spezifischen Ausprägung eines besonderen Gewaltverhältnisses empfiehlt es sich, zunächst als Ausgangsbasis den Geltungsumfang der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis generell zu untersuchen¹.

1. Die herkömmliche Meinung versteht heute unter dem "besonderen Gewaltverhältnis" ein intensiviertes Abhängigkeitsverhältnis des Einzelnen zu einer bestimmten öffentlich-rechtlichen Institution, in deren Wirkungsbereich er durch freiwillige Unterwerfung (vgl. z. B. das Beamtenverhältnis), durch gesetzlichen Zwang (z. B. durch Schul- und Wehrpflicht) oder infolge eines tatsächlichen Vorgangs (z. B. durch Benutzung einer öffentlichen Bibliothek) gelangt². Im Vordergrund dieser besonderen Gewaltverhältnisse steht die Effizienz staatlichen Wirkens³.

¹ vgl. hierzu H. Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in DVBl 1950, S. 625 ff, ders. in VVDStRL Heft 15, S. 109 ff, Hildegard Krüger, Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, in ZBR 1956, S. 309 ff, Leisner, Die schutzwürdigen Rechte im besonderen Gewaltverhältnis, in DVBl 1960, S. 617 ff.

² Krüger und Ule in VVDStRL Heft 15, S. 109 ff u. 133 ff, zur rechtshistorischen Entstehung des Begriffes "Besonderes Gewaltverhältnis" vgl. Thieme in DÖV 1956, S. 521 f.

³ Kellner in DÖV 1963, S. 423 und Krüger in VVDStRL Heft 15, S. 132.

Heute wird kaum noch ernsthaft in Abrede gestellt, daß die Grundrechte auch im besonderen Gewaltverhältnis gelten¹. Diese Forderung ergibt sich schon aus der Bindungswirkung des Art. 1 Abs. III GG². Einigkeit besteht jedoch auch darin, daß eine Beschränkung der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis als zulässig erachtet wird³. Allerdings bestehen hinsichtlich des Umfangs und der Intensität der Beschränkung noch geringfügige Abweichungen.

Forsthoff⁴ hält die Einschränkung von Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis nur bei den mit Gesetzesvorbehalt versehenen Grundrechten und nur innerhalb der "Reichweite" des Gesetzesvorbehalts für zulässig. Eine wohl überwiegende Meinung hingegen sieht die Grenze der Beschränkbarkeit der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis in der Zweckbestimmung, in der Eigenart und dem Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses⁵. Eine absolute Grenze bildet dabei die Forderung nach der Unantastbarkeit des Wesensgehalts des Grundrechts gemäß Art. 19 Abs. II GG, die auch im besonderen Gewaltverhältnis Geltung besitzt⁶.

¹ vgl. die bei Leisner in DVBl 1960, S. 623 in Fußn. 37 angeführte Literatur, ferner Obermayer, Verwaltungsakt, S. 172, Bachof, sozialer Rechtsstaat, S. 61.

² so auch Leisner in DVBl 1960, S. 622.

³ vgl. die in Fußn. 1, S. 76 und Fußn. 1, S. 77 angegebene Literatur.

⁴ Forsthoff, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 122, vgl. auch Leisner in DVBl 1960, S. 624.

⁵ so v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 137, Geiger, BVerfGG, Anm. 6 c zu § 90, Bachof, sozialer Rechtsstaat, S. 61, v. Münch, Die Grundrechte des Strafgegangenen, in JZ 1958, S. 74 f, Hildegard Krüger in ZBR 1956, S. 311, Köhl in ZBR 1957, S. 122 und die bei v. Münch, Freie Meinungsäußerung, S. 22 zit. Literatur.

⁶ so auch Dürig in AöR Bd. 81, S. 117 ff, Mann in DÖV 1960, S. 413, Salzmann, aaO, S. 97, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 137, Nipperdey in Grundrechte, Bd. II, S. 22.

Das Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses bringt es mit sich, daß der dem besonderen Gewaltverhältnis Unterworfenen noch andere, zusätzliche Beschränkungen seiner Grundrechte dulden muß als der lediglich eine "allgemeinen Gewaltverhältnis" unterliegende Staatsbürger. Der einem besonderen Gewaltverhältnis Unterworfenen muß auch Beschränkungen in den Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt hinnehmen, soweit es die Zweckbestimmung des betreffenden besonderen Gewaltverhältnisses dringend erfordert. Die Grenze der Beschränkbarkeit von Grundrechten im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses muß daher - in Übereinstimmung mit der überwiegenden Lehre - aus der Zweckbestimmung dieses Gewaltverhältnisses abgeleitet werden.

2. Für das durch den Eintritt in die Bundeswehr begründete besondere Gewaltverhältnis, das Wehrdienstverhältnis¹ hat der Verfassungsgeber aber im Hinblick auf die besonders enge Gewaltunterworfenheit des Soldaten und der überragenden Bedeutung dieses Gewaltverhältnisses hinsichtlich der Beschränkbarkeit von Grundrechten eine spezielle Regelung in Art. 17 a GG² und Art. 137 Abs. I GG geschaffen. Nach der Bestimmung des Art. 17 a Abs. I GG sind das Grundrecht der freien Meinungsäußerung, soweit es das Recht der freien Meinungsverbreitung betrifft (Art. 5 Abs. I S. 1 1. Halbsatz GG), das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) und das Petitionsrecht (Art. 17 GG), soweit es das Recht gewährt, Bitten oder Beschwerden gemeinschaftlich vorzubringen, im Wehrdienstverhältnis einschränkbar.

¹Mann in DÖV 1960, S. 409, prägt hierfür den Begriff "militärisches Statusverhältnis".

²zur Entstehungsgeschichte des Art. 17 a GG vgl. Roemer in JZ 1956, S. 193 ff und Schäfer, Grundgesetz und Bundeswehr, NJW 1956, S. 530 f.

Da dem in Art. 17 a Abs. II GG genannten umfassenden Begriff der Verteidigungsgesetze die Wehrgesetze im engeren Sinn (z. B. das Soldatengesetz) unterfallen¹, bietet Art. 17 a Abs. II GG weitere Einschränkungsmöglichkeiten für die Grundrechte der Soldaten der Bundeswehr, wenn auch die Bedeutung dieser Vorschrift bei der Anwendbarkeit auf die Zivilbevölkerung liegt². Nach Art. 17 a Abs. II GG sind demnach im Wehrdienstverhältnis das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) einschränkbar.

Für die Berufssoldaten und Soldaten auf Zeit ergibt sich schließlich noch die Möglichkeit der Einschränkung des passiven Wahlrechts nach Art. 137 Abs. I GG. Die verfassungsrechtliche Fixierung des Kreises der einschränkbaren Grundrechte der Soldaten in Art. 17 a und Art. 137 Abs. I GG nötigt aber nicht zu dem Schluß, daß nur die in diesen Bestimmungen aufgeführten Grundrechte für die Angehörigen der Bundeswehr eingeschränkt werden können; es bleiben vielmehr auch diejenigen Grundrechte beschränkbar, die ohnehin schon unter einem Gesetzesvorbehalt stehen. Die Art. 17 a und 137 Abs. I GG haben also keinen ausschließlichen, limitativen Charakter³. Es wäre nicht einzusehen, warum die Soldaten im Wehrdienstverhältnis geringeren Grundrechtsbeschränkungen unter-

¹ Roemer in JZ 1956, S. 194, Martens aaO, S. 116, Fußn. 53, Mann in DÖV 1960, S. 412, Fußn. 42, Hamann, GG, Anm. C 1 zu Art. 17 a, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 25 a zu Art. 17 a.

² Martens aaO, S. 120 f.

³ so auch Mercker, Wehrrecht, S. 4, Röhl in AöR Bd. 81, S. 203 Fußn. 64, Salzmann aaO, S. 97, Martens aaO, S. 111, Mann in DÖV 1960, S. 412, Lerche, Grundrechte, Bd. IV 1 S. 461.

worfen werden sollten als jeder andere Staatsbürger im Rahmen des "allgemeinen Gewaltverhältnisses". Allerdings ist aus der Tatsache des Enumerationsprinzips der Artt. 17 a und 137 Abs. I GG die Folgerung zu ziehen, daß außer den dort genannten bzw. den ohnehin einschränkbaren Grundrechten keine anderen Grundrechte beschränkt werden dürfen; insofern ist eine begrenzende Wirkung dieser Bestimmung festzustellen¹. Entgegen Mann² verbietet sich daher ein Rückgriff auf das Wesen des Wehrdienstverhältnisses zur Begründung des Eingriffs in weitere Grundrechte.

Soweit ein Eingriff in Grundrechte während des Wehrdienstes zulässig ist, kann dieser Eingriff durch Gesetz wie auch auf Grund eines Gesetzes erfolgen, also ebenso durch Befehle vorgenommen werden, die lediglich die Einschränkungsgesetze konkretisieren³; dieses Ergebnis wird aus der ungewohnten Formulierung "Gesetze ... können bestimmen" in Art. 17 a Abs. I GG hergeleitet.

Als Einschränkungsgesetz i. S. des Art. 17 a Abs. I und II GG ist auch das Soldatengesetz⁴ zu verstehen, das in seinen einzelnen Pflichten Eingriffe in die im Wehrdienstverhältnis beschränkbaren Grundrechte enthält. Eine artikelmäßige Nennung des Grundrechts,

¹ vgl. Mann in DÖV 1960, S. 412 und Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 7, 19 zu Art. 17 a.

² Mann in DÖV 1960, S. 414.

³ so Mercker, Wehrrecht, S. 5, Röhl in AöR Bd. 81, S. 205, Schäfer in NJW 1956, S. 531, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 25 d zu Art. 17 a, der Sache nach wohl auch Lerche, Grundrechte, Bd. IV 1 S. 462.

⁴ so Roemer in JZ 1956, S. 194, Martens aaO, S. 116, Fußn. 53, Mann in DÖV 1960, S. 412, Fußn. 42, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 25 a zu Art. 17 a.

in das eingegriffen wurde, ist jedoch im Soldatengesetz unterblieben. Lediglich in § 17 Abs. IV S. 3 SG wurde der Forderung des Art. 19 Abs. I S. 2 GG Genüge getan. Die Meinungen darüber, ob Art. 19 Abs. I S. 2 GG auch für Gesetze anwendbar ist, die Grundrechte im Wehrdienstverhältnis beschränken, sind geteilt.

Die Vertreter der Auffassung, die für die Geltung des Gebots der Nennung des einzuschränkenden Grundrechts für Wehrgesetze plädieren¹, sehen in dem Vorbehalt des Art. 17 a Abs. I und II GG ("Gesetze können bestimmen") einen echten Gesetzesvorbehalt und fordern deshalb im Verein mit der Tatsache der Stellung des Art. 17 a GG vor Art. 19 GG die unbedingte Anwendung des Art. 19 Abs. I S. 2 GG für das Soldatengesetz.

Die Gegenmeinung² vertritt dagegen entweder den Standpunkt, daß Art. 17 a Abs. I GG nur die "immanenten Schranken" der Grundrechte näher darlege, deshalb Art. 19 Abs. I S. 2 GG nicht zu beachten sei³ oder daß die Unterlassung der Nennung der eingeschränkten Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis nicht vermeidbar⁴, deshalb die Befolgung des Gebots des Art. 19 Abs. I S. 2 GG nicht erforderlich sei. Gegen die Zweckmäßigkeit des Art. 19 Abs. I S. 2 GG hat

¹ so Schäfer in NJW 1956, S. 531, Mercker, Wehrrecht, S. 5, Köttgen, Meinungsfreiheit, S. 69, Röhl in AöR Bd. 81, S. 204, Hildegard Krüger in ZBR 1956, S. 311, wohl auch Lerche, Grundrechte, Bd. IV 1 S. 477 f, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 20 c zu Art. 17 a.

² vor allem Mann in DÖV 1960, S. 412 und Martens aaO, S. 30, 116.

³ so Mann in DÖV 1960, S. 412.

⁴ so H. Krüger in DVBl 1950, S. 628, Martens aaO, S. 30.

schon Klein¹ ganz allgemein Stellung genommen und betont, daß Art. 19 Abs. I S. 2 GG als "Formalismus und unnötige Erschwerung der Arbeit des Gesetzgebers zu bezeichnen" sei und dieser Vorschrift daher nur der Charakter einer Sollvorschrift zukomme. Abgesehen von den wohl unvermeidlichen praktischen Schwierigkeiten, bei den einzelnen im Soldatengesetz niedergelegten Pflichten die jeweils eingeschränkten Grundrechte anzuführen, dürfte eine übermäßige, ja formalistische Beanspruchung des Gebots aus Art. 19 Abs. I S. 2 GG im Wehrdienstverhältnis deshalb nicht erforderlich erscheinen, weil bereits der Verfassungsgeber selbst die einschränkenden Grundrechte in Art. 17 a GG artikelmäßig bezeichnete. Es ist also bereits eine grundgesetzliche Legitimierung der Einschränkung spezifisch aufgeführter Grundrechte vorhanden; die im Soldatengesetz niedergelegten Pflichten bedeuten nur eine Ausfüllung der im Grundgesetz vorgezeichneten Möglichkeit zur Einschränkung bestimmter Grundrechte, enthalten aber nicht in konstitutiver Weise neue Grundrechtsbeschränkungen. Eine artikelmäßige Nennung der eingeschränkten Grundrechte im Soldatengesetz war deshalb nicht geboten².

Natürlich findet aber der Eingriff in Grundrechte im Rahmen des Wehrdienstverhältnisses wie bei allen besonderen Gewaltverhältnissen seine Grenze an der

¹in v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 547, vgl. auch Bd. I S. 138.

²im Ergebnis ebenso Martens aaO, S. 116, Mann in DÖV 1960, S. 412; für die besonderen Gewaltverhältnisse allgemein schon H. Krüger in DVBl 1960, S. 628 und v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 138.

Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG; die einzuschränkenden Grundrechte dürfen also weder gänzlich aufgehoben noch in ihrem Wesensgehalt beeinträchtigt werden¹.

Es bedarf nun aber einer eingehenden Prüfung, wann der die Pflichten des Soldatengesetzes konkretisierende Befehl bei Eingriff in Grundrechte im Hinblick auf die angestellten Erörterungen der Möglichkeit und des Umfangs der Einschränkung von Grundrechten im Wehrdienstverhältnis unverbindlich wird.

III. Der unverbindliche, grundrechtsbeschränkende Befehl im einzelnen

Nicht jeder grundrechtsbeschränkende Befehl ist grundsätzlich unverbindlich. Bewegt sich die Einschränkung des Grundrechts innerhalb des Kreises der nach Art. 17 a GG einschränkbaren bzw. unter allgemeinem Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte und überschreitet sie nicht die Schwelle des Art. 19 Abs. II GG, so ist der einschränkende Befehl rechtlich fehlerfrei. Setzt sich der grundrechtsbeschränkende Befehl aber über die durch das Grundgesetz vorgegebenen Grenzen hinweg, dann tritt die Folge der Unverbindlichkeit dieses Befehls entsprechend der Lehre von den fehlerhaften Verwaltungsakten nur dann ein, wenn die Mißachtung der Grenzen offensichtlich ist.

¹ so Mercker, Wehrrecht, S. 5, Röhl in AöR Bd. 81, S. 204, Schäfer in NJW 1956, S. 531, Mann in DÖV 1960, S. 414, Lerche, Grundrechte, Bd. IV 1 S. 478, Salzmann aaO, S. 17, Martens aaO, S. 116, Leisner in DVBl 1960, S. 624/625.

Die Fälle des unverbindlichen, grundrechtsbeschränkenden Befehls sollen nun im folgenden systematisch erfaßt und untersucht werden.

1. Befehle, die in Grundrechte eingreifen, die weder in Art. 17 a GG genannt noch mit eigenem Gesetzesvorbehalt versehen sind (uneinschränkbare Grundrechte)

Als im Rahmen des Wehrdienstverhältnisses nicht einschränkbare, für dieses besondere Gewaltverhältnis besonders relevante Grundrechte sind hier die Rechte aus den Artt. 1 Abs. I¹, 3, 4, 9 und 17 (Recht auf Einzelbeschwerde) GG zu nennen².

Im Hinblick auf die vorausgegangenen Ausführungen zum Aussagegehalt des Art. 17 a GG müssen diese Grundrechte als im Wehrdienstverhältnis uneinschränkbar angesehen werden. Nach dem Willen des Verfassungsgebers sollen Eingriffe in diese Grundrechte unter keinen, wie auch immer gelagerten Umständen möglich sein. Ein Befehl, der in diese Grundrechte eingreift, zielt auf einen "staatlicher Einwirkung uneingeschränkt entzogenen"³, vom

¹ Auch die Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde muß als Grundrecht und nicht nur als bloßer Rechtssatz des objektiven Verfassungsrechts betrachtet werden, da sonst dieser oberste Verfassungswert ohne Schutzgarantie bliebe; so auch Hans Carl Nipperdey, Die Würde des Menschen, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II S. 11, vgl. hierzu ausführlich Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 31 zu Art. 1 und Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 4 zu Art. 1.

² so wohl auch Martens aaO, S. 113 und Mann in DÖV 1960, S. 412; zu Unrecht führt aber Mann aaO noch das Recht aus Art. 5 Abs. I S. 1 Hlbs. 2 GG an, da dieses Grundrecht unter allgemeinem Gesetzesvorbehalt steht (s. Art. 5 Abs. II GG).

³ Stratenwerth, Verantwortung, S. 140.

Grundgesetz mißbilligten Erfolg ab, ist "unter keinem denkbaren Gesichtspunkt" rechtmäßig¹. Diesen Befehlen ist die offenkundige Rechtswidrigkeit "auf die Stirn geschrieben"; damit wird die Grenze der Vermutung der Rechtmäßigkeit eindeutig überschritten. Als Konsequenz ergibt sich in Anlehnung an die Lehre von den fehlerhaften Verwaltungsakten die Unverbindlichkeit derartiger Befehle².

- a) Befehle, die die in Art. 1 Abs. I GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde verletzen

Ein Befehl, der die in Art. 1 Abs. I GG geschützte Menschenwürde beeinträchtigt, ist unverbindlich. Das unter Zugrundelegung der vorausgegangenen Überlegungen gewonnene Ergebnis wird dadurch bestätigt, daß die Verletzung der Menschenwürde als Fall der Unverbindlichkeit eines Befehls in der beispielhaften Aufzählung in § 11 Abs. I S. 3 SG und § 22 Abs. I S. 1 WStG hervorgehoben wird.

(1) Die Unverbindlichkeit eines Befehls wegen Verletzung der Menschenwürde war im früheren Wehrrecht noch nicht ausdrücklich statuiert, ergab sich aber aus der Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts³, die vom Reichsgericht⁴ übernommen und schließlich vom Reichskriegsgericht⁵ präzisiert

¹Mann in DÖV 1960, S. 415.

²Für den Bereich der Verwaltungsakte s. Forsthoff, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 237 u. Stratenwerth, Verantwortung, S. 140; hinsichtlich der Befehle im militärischen Bereich hat diese Folgerung ausdrücklich nur Mann in DÖV 1960, S. 415 gezogen, vgl. aber auch Stratenwerth, Verantwortung, S. 162 und Jescheck, Befehl, S. 78 unten.

³RMG 19, 251; 22, 81.

⁴RGSt 59, 337.

⁵WMG 1, 1.

wurde. Nach dieser Rechtsprechung entfiel die Pflicht zum Gehorsam u. a. auch dann, wenn ein Befehl "ohne einen sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Grund so tief in das Rechtsgebiet des Untergebenen, in seine Ehre ... eingreift, daß dem Untergebenen bei Abwägung aller Gesichtspunkte nicht zugemutet werden kann, den Befehl zu befolgen"¹. Soweit also ein Befehl in unzumutbarer Weise ohne dienstlichen Grund die Ehre des Untergebenen beeinträchtigte, war auch nach der früheren Rechtsprechung die Unverbindlichkeit eines die Menschenwürde verletzenden Befehls gegeben².

Nach dem heutigen Recht (s. § 11 Abs. I S. 3 SG, § 22 Abs. I S. 1 WStG) zieht jede Verletzung der Menschenwürde die Unverbindlichkeit eines Befehls nach sich. Dabei wird in der Literatur zum heutigen Wehrrecht dieser Fall der Unverbindlichkeit entweder als eigene Kategorie aufgeführt³ oder aber nur als ein Unterfall der Unverbindlichkeit wegen Unzumutbarkeit⁴ betrachtet; die Behandlung dieses Falles der Unverbindlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Grundrechtsbeschränkung wurde jedoch noch nicht vorgenommen.

¹ RKG 1, 180.

² so auch Jescheck, Befehl, S. 79, vgl. auch Salzmann aaO, S. 106.

³ so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 24 zu § 2, Rittau, SG, Anm. 3 zu § 11, Arndt, Grundriß, S. 80, 113, 191, Schwaiger aaO, S. 169 ff, Jescheck, Befehl, S. 79.

⁴ so Schreiber in NZWehrR 1965, S. 9 und Scherer, SG, Anm. II 2 zu § 11.

(2) Unverbindlich ist nach § 11 Abs. I S. 3 SG i. V. mit § 22 Abs. I S. 1 WStG ein Befehl, wenn er die Menschenwürde verletzt; dabei spielt es keine Rolle, ob die Menschenwürde des Untergebenen oder eines betroffenen Dritten beeinträchtigt wird¹. Ein Verstoß gegen das Gebot der Unantastbarkeit der Menschenwürde liegt dann vor, wenn der durch die Erteilung bzw. Ausführung Betroffene im Wesen und der spezifischen Eigenart seiner Individualpersönlichkeit mißachtet wird, wenn das, "was den Inhalt der Persönlichkeit ausmacht"², in Frage gestellt wird. In erster Linie sollte mit der Aufnahme des Begriffes "Menschenwürde" in § 11 Abs. I S. 3 SG "insbesondere der schikanöse Befehl getroffen werden"³, denn gerade diese Befehle sind geeignet, den Eigenwert der Persönlichkeit des Betroffenen zu verletzen. Üble Schleifereien, entehrende und demütigende Anweisungen, sinnlose Gehorsamsübungen, die das Merkmal der absichtlichen Vergeltung, der Privatrache des Vorgesetzten tragen⁴ oder absichtliches Degradieren des Untergebenen "zur Sache", um ihn als "bloßes Mittel zum Zweck zu gebrauchen"⁵,

¹so Scherer, SG, Anm. II 1 zu § 1, Arndt, Grundriß, S. 113, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 8, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 24 zu § 2.

²Maunz, Staatsrecht, 3. Aufl. S. 84, vgl. im übrigen zur Definition des Begriffes "Menschenwürde" Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 15, 17 ff zu Art. 1, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 149 f und die dort Zit., Rehm in WK 1956, S. 326 ff; vgl. BVerfGE 22, S. 6.

³Bericht des Verteidigungsausschusses zu § 9 des Entwurfes des SG, abgedr. bei Rehm in WK 1956, S. 328.

⁴Rittau, SG, Anm. 2 zu § 10 (S. 103).

⁵Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 9 zu Art. 1, vgl. Wintrich aaO, S. 6, 14 f, 17.

sind daher der Befehlsgebung entzogen; Befehle solchen Inhalts sind unverbindlich und können keinen Anspruch auf Gehorsam erheben. Es kommt hierbei auch nicht darauf an, ob der Untergebene den Befehl als würdeverletzend empfindet, sondern darauf, ob der Befehl würdeverletzend ist; entscheidend ist also das objektive Vorliegen der Verletzung der Menschenwürde, die subjektive Kenntnis des Betroffenen ist ohne rechtliche Bedeutung¹.

Dieses Ergebnis muß schon aus der Formulierung des § 11 Abs. I S. 3 2. Hlbs. SG und der Existenz des § 22 Abs. I S. 2 WStG abgeleitet werden. Glaubt der Untergebene also, ein in Wahrheit die Menschenwürde verletzender Befehl enthalte keinen solchen Verstoß, befolgt er aber diesen Befehl aus einem anderen Grunde nicht, so kann er nicht wegen Ungehorsams bestraft werden (s. § 22 Abs. I S. 2 WStG) – der Befehl ist trotz entgegenstehender Annahme seitens des Untergebenen unverbindlich.

Als unverbindlich sind z. B. folgende Befehle zu betrachten:

der Befehl, Patronenhülsen mit dem Mund vom Boden aufzuheben²;

der Befehl, den Abtritt mit der Zahnbürste zu reinigen³;

der Befehl, auf die Protze zu steigen und zu rufen:
"Ich bin das dämlichste Rindvieh der ganzen Batterie"⁴;

¹ so auch Schreiber in WK 1956, S. 416, Arndt, Grundriß, S. 80, ähnlich auch Rehm in WK 1956, S. 328.

² Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 23 zu § 2.

³ Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 23 zu § 2.

⁴ Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 23 zu § 2.

der Befehl, sich als "Charakterschwein" zu bezeichnen¹;

der Befehl an den völlig gesunden Beschwerdeführer, sich auf seinen Geisteszustand untersuchen zu lassen²;

der Befehl, unter die Betten zu kriechen und Tierstimmen nachzuahmen³;

der Befehl, am Sonntag während der Besuchszeit von Zivilpersonen im Kampfanzug das Kasernengelände von Unrat zu säubern, um damit den Untergebenen in der Öffentlichkeit lächerlich zu machen⁴;

der Befehl an einen völlig unmusikalischen oder heiseren Soldaten, ein Lied vorzusingen, wenn der Soldat dadurch der Lächerlichkeit seiner Kameraden preisgegeben wird⁵;

der Befehl, einen Fragebogen auszufüllen, der Auskünfte über sexuelles Verhalten erheischen will, da hier ein Einbruch in die durch die Menschenwürde mit umfaßte Intimsphäre erfolgt⁶;

der Befehl, sich bei einer dienstlichen Befragung einem Lügendetektor zu unterziehen, da hier in die sittliche Selbstbestimmung als Teil der Menschenwürde⁷ eingegriffen wird;

der Befehl, private Aufzeichnungen dem Vorgesetzten vorzulegen, da hier das durch die Menschenwürde geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht⁸ verletzt wird.

¹Schreiber, Soldat und Recht, S. 87.

²Rittau, SG, S. 110, Jescheck, Befehl, S. 83.

³Rittau, SG, S. 110.

⁴Jescheck, Befehl, S. 79, Arndt, Grundriß, S. 81.

⁵OLG Hamm in NJW 1966, S. 212.

⁶vgl. Zippelius in BK, Rdn. 18 zu Art. 1 und BVerwG in NJW 1956, S. 393.

⁷Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 35 zu Art. 2 Abs. I.

⁸Schnorr, Gerhard in JuS 1963, S. 300, Zippelius in BK Bd. I Rdn. 19 und die dort Zitierten, BGHZ 13, 338 f.

(3) Ein Teil der wehrrechtlichen Literatur¹ will dem Oberbegriff des menschenwürdeverletzenden, unverbindlichen Befehls auch jene Befehle zuordnen, die wegen unzumutbar tiefen Eingriffs in die Gesundheit, das Leben oder die Freiheit der Gewissensentscheidung unverbindlich sein sollen, also eine Beschränkung bestimmter Grundrechte enthalten. Folgt man aber der Meinung, daß Art. 1 Abs. I GG dem Einzelnen, also auch dem Untergebenen ein Grundrecht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde gewährt², und qualifiziert man die einzelnen Grundrechte nur als Auswirkungen oder Konkretisierungen dieses Rechts auf Achtung der Menschenwürde³, dann bildet Art. 1 Abs. I GG nur eine Art "Auffangtatbestand" für all jene Beeinträchtigungen der Menschenwürde, die "durch das - allerdings sehr dichte - Netz der einzelnen Grundrechtstatbestände eben nicht erfaßt werden sollten"⁴. Damit empfiehlt es sich aber, Beeinträchtigungen spezieller Grundrechte nicht unter dem Oberbegriff der Verletzung der Menschenwürde, sondern getrennt hiervon unter dem Sammelbegriff des grundrechtsbeschränkenden Befehls einzeln zu untersuchen. Eine Verbindung zwischen jenen Grund-

¹ so vor allem Schwaiger aaO, S. 172 ff, vgl. aber auch Arndt, Grundriß, S. 113, Jescheck, Befehl, S. 79, Salzmann aaO, S. 106, Rittau, SG, S. 116.

² oben S. 84, Fußn. 1.

³ Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 8, 27 zu Art. 2 und die dort zit. Literatur.

⁴ Zippelius in BK Bd. I Rdn. 33 zu Art. 1, vgl. Löw in DÖV 1958, S. 520.

rechten und der Menschenwürde ist aber wieder dadurch hergestellt, daß für die Beeinträchtigungen der im Wehrdienstverhältnis einschränkbaren Grundrechte die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG eine absolute Grenze bildet, diese Garantie aber vor allem durch den Begriff der Menschenwürde eine Inhaltsbestimmung erfährt¹.

b) Befehle, die den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. I, III GG) mißachten

(1) Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. I GG wie auch seine Konkretisierung in den Differenzierungsverboten nach Art. 3 Abs. III GG sind weder dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterworfen noch als einschränkbare Grundrechte in Art. 17 a GG genannt. Nach den oben dargelegten Grundsätzen verbietet sich daher jegliche Einschränkung des Grundrechts des Art. 3 GG innerhalb des Wehrdienstverhältnisses². Da der Gleichheitssatz in seiner fundamentalen Bedeutung zudem nahe an den Grundsatz der Würde des

¹ so Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 8, 45, 79 f zu Art. 1, Zippelius in BK Bd. I Rdn. 47 zu Art. 1 Abs. II, Wintrich aaO, S. 19, Dürig in AöR Bd. 81, S. 117 ff, E. Wolff in JR 1950, S. 739.

² so auch Martens aaO, S. 113, Mann in DÖV 1960, S. 412, wohl auch Salzmann aaO, S. 107 f, für das bes. Gewaltverh. allgemein Leisner in DVBl 1960, S. 620, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 213.

Menschen heranreicht¹, ist nicht einzusehen, warum ein Verstoß des als Teil der Exekutive zu betrachtenden, an den Gleichheitssatz gebundenen militärischen Vorgesetzten² gegen das Grundrecht des Art. 3 GG nicht auch - entsprechend der Folge der Verletzung der Menschenwürde - die Unverbindlichkeit des Befehls nach sich ziehen sollte. Ein Befehl verletzt dann das Grundrecht des Art. 3 GG, wenn der von der Rechtsprechung³ und Rechtslehre⁴ entwickelte Grundsatz, wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich zu behandeln, mißachtet wurde, wenn sich für die befehlsmäßige Differenzierung kein einleuchtender, aus den Erfordernissen des militärischen Dienstes sich ergebender vernünftiger Grund finden läßt⁵. Ein Befehl verletzt auch dann den Gleichheitssatz, wenn er sich über das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. III GG hinwegsetzt.

Solche Befehle sind unverbindlich und brauchen nicht befolgt zu werden; das Untätigbleiben kann nicht als Ungehorsam bestraft werden.

¹ vgl. Maunz, Staatsrecht, S. 126, Martens aaO, S. 113, BVerfGE 2, 12.

² vgl. zur Bindung der Exekutive Ipsen aaO, S. 146.

³ BVerfGE 1, 140; 2, 340; 4, 19 u. 155.

⁴ Leibholz-Rinck, BVerfGG, Anm. 6 zu Art. 3, Maunz, Staatsrecht, S. 121 f, Ipsen aaO, S. 177.

⁵ vgl. Maunz, Staatsrecht, S. 121 f, Ipsen aaO, S. 177, BVerfGE 12, 348, 14, 150, 15, 320, 18, 46.

(2) Als unverbindlich können z. B. folgende Befehle bezeichnet werden:

der Befehl, ohne dienstliche Rechtfertigung der nächsten Bundestagswahl fernzubleiben¹; da die "Wahlrechtsgleichheit" des Art. 38 Abs. I GG nur als "Unterfall der allgemeinen Gleichheit" anzusehen ist², bedeutet deren Verletzung auch eine Verletzung des Gleichheitssatzes; der Ausschluß des Soldaten von seinem politischen Mitgestaltungsrecht, seinem aktiven Wahlrecht (s. § 12 Abs. II BWahlG) wäre eine sachlich nicht gerechtfertigte, willkürliche Behandlung.

Bei einer dienstlich erforderlichen Verhinderung an der persönlichen Wahl (z. B. bei Manövern) muß dem Soldat immer noch die Möglichkeit der Briefwahl eingeräumt werden. Ein generelles Verbot der Ausübung des aktiven Wahlrechts kann jedoch im Wege der Befehlsgebung nicht ausgesprochen werden.

der Befehl an einen Rekruten (Abiturienten), ohne dienstlich gebotenem Anlaß zusätzlich die bereits eingeteilte "Feuerwache" zu verstärken, weil er im Unterricht den Batteriefeldwebel auf einen Fehler aufmerksam gemacht hatte;

Auch hier liegt eine dienstlich nicht gerechtfertigte, willkürliche Maßnahme und damit eine Verletzung des Art. 3 Abs. I GG vor.

der Befehl an einen Unteroffizier, wegen dessen extrem links orientierten politischen Anschauung am Wochenende den UvD-Dienst zu versehen, obwohl hierfür bereits ein anderer Soldat eingeteilt war;

Dieser Befehl verstößt gegen das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. III GG.

¹Beispiel bei Jescheck, Befehl, S. 78, der diesen Befehl aber wegen offensichtl. Verstoß gegen die Rechtsordnung als unverbindlich bezeichnet.

²BVerfGE 1, 237 (242), Ipsen aaO, S. 191.

der Befehl, am Sonntag Wache "zu schieben", weil um Kirchgangsurlaub gebeten worden war¹;

der Befehl zur Teilnahme am Strafexerzieren, weil der Untergebene an der Fronleichnamsprozession teilgenommen hatte².

In den beiden letzten Fällen besteht ein "finaler Zusammenhang"³ zwischen der Benachteiligung und der Bekundung eines religiösen Bekenntnisses; damit ist ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. III GG gegeben.

c) Befehle, die die Freiheit des Glaubens, des Gewissens, die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses und das Recht auf ungestörte Religionsübung (Art. 4 Abs. I und II GG) verletzen

Die Grundrechte aus Art. 4 Abs. I und II GG stehen als "elementare Verfassungsgrundsätze"⁴ unter keinem allgemeinen Gesetzesvorbehalt und sind nicht im Katalog der einschränkbaren Grundrechte des Art. 17 a GG enthalten. Daraus folgt, daß diese Grundrechte im Wehrdienstverhältnis jeglicher Einschränkungsmöglichkeit in der Form eines militärischen Befehls entzogen sind⁵. Befehle, die dennoch zielgerichtet diese Grundrechte beschränken, sind unverbindlich.

¹Beispiel bei Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 33 zu Art. 17 a (Fußn. 1), aber unter anderem Gesichtspunkt.

²Beispiel bei Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 33 zu Art. 17 a (Fußn. 1).

³hierzu BVerfGE 2, 286.

⁴v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I Anm. II 2 zu Art. 4.

⁵so auch Salzmann aaO, S. 115, Martens aaO, S. 113, bzgl. Art. 4 Abs. II GG auch Jescheck, Befehl, S. 73, Roemer in JZ 1956, S. 193 f, Hamel in Grundrechte Bd. IV 1, S. 92, für das bes. Gewaltverhältnis allgemein schon Leisner in DVBl 1960, S. 624 und Thoma aaO, S. 19 Anm. 6.

- (1) Befehle, die die Freiheit des Glaubens, des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses und das Recht auf ungestörte Religionsübung beschränken

Zunächst ist festzustellen, daß Befehle, die lediglich die immanenten Schranken dieser Grundrechte offenlegen, keinen Eingriff in diese Grundrechte enthalten, sondern sich nur innerhalb der durch Interpretation zu ermittelnden immanenten Schranken bewegen¹; in diesen Fällen hat der Befehl keine "eingriffsgleiche Intensität"². Es läßt sich z. B. auf Grund der Eigenart des militärischen Dienstes nicht vermeiden, daß eine jederzeitige Religionsausübung schlechthin nicht immer möglich ist. Diese statusbedingte zeitliche Beeinträchtigung der Gewährleistung ungestörter Religionsausübung bedeutet aber keine Einschränkung dieses Grundrechts; der durch Interpretation zu erforschende Sinngehalt des Art. 4 Abs. II GG gewährt zwar grundsätzlich das Recht auf ungestörte Religionsausübung (s. auch § 36 S. 1 SG), setzt jedoch für die Ausübung Grenzen durch die im Wehrdienstverhältnis typischen und unvermeidlichen dienstlichen Gegebenheiten³. Daher ist etwa der Befehl zur Teilnahme an einem Manöver, das sich über das Wochenende hin erstreckt, verbindlich, auch wenn der einzelne Soldat am Besuch des sonntäglichen Gottesdienstes gehindert ist.

¹ zu den immanenten Schranken des Grundrechts aus Art. 4 GG s. Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 62 ff zu Art. 4, Hamel in Grundrechte Bd. IV 1, S. 68 ff.

² Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 495.

³ so Roemer in JZ 1956, S. 193, Jescheck, Befehl, S. 73, vgl. auch Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 495.

Auf die freie Bildung und freie Betätigung eigener Glaubensentscheidungen, auf die Freiheit des Bekenntnisses des eigenen Glaubens sowie auf das aus der Glaubensfreiheit ableitbare Recht, nicht zu einer kirchlichen Handlung oder zur Teilnahme an religiösen Veranstaltungen oder zur Benutzung religiöser Eidesformen (s. Art. 140 GG i. V. mit Art. 136 Abs. IV WRV) gezwungen zu werden, darf hingegen keinerlei Einfluß genommen werden¹. Als "Negativrecht" zum Recht auf ungestörte Religionsausübung ist das Verbot des Zwangs zur Religionsausübung (s. Art. 140 GG i. V. mit Art. 136 Abs. IV WRV, § 36 S. 2 SG) ebenfalls von der Grundrechtsgarantie des Art. 4 Abs. II GG eingeschlossen. Auch die "negative Bekenntnisfreiheit", das Recht, zu verschweigen, "daß und was man glaubt oder nicht glaubt"², wird vom Schutz des Art. 4 Abs. I GG miterfaßt. Weiterhin werden die religionsgesellschaftliche Vereinigungsfreiheit und das hierzu korrespondierende Negativrecht, das Recht des Fernbleibens und des Nichtbeitritts zu religiösen Gemeinschaften durch Art. 4 Abs. I GG gewährleistet³. Befehle, die die hier umrissenen Grundrechtspositionen des Art. 4 Abs. I und II GG verletzen, sind unverbindlich.

¹ hierzu ausführlich Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 39 ff zu Art. 4, Scholler aaO, S. 207 f.

² BVerfGE 12, 1, vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I Anm. III 1 zu Art. 4, Zippelius in BK Bd. I Rdn. 77 zu Art. 4.

³ v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I Anm. V 2 zu Art. 4, Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 84 zu Art. 4.

Als unverbindlich können z. B. folgende Befehle betrachtet werden:

der Befehl, Äußerungen zu unterlassen, die als Bekenntnis zu einer antireligiösen Weltanschauung zu werten sind, da die Freiheit des weltanschaulichen Bekenntnisses beeinträchtigt wird¹;

der Befehl, aus einer bestimmten religiösen Gemeinschaft aus- bzw. in eine bestimmte religiöse Gemeinschaft einzutreten;

Auch hier ist Art. 4 Abs. I GG verletzt, da die Zugehörigkeit zu einer religiösen Gemeinschaft als Äußerungsform des Bekenntnisses bezeichnet werden kann².

der Befehl, an einem in der Kaserne abgehaltenen Gottesdienst teilzunehmen (s. § 36 S. 2 SG);

der Befehl, einen religiösen Eid zu schwören, wenn der Soldat nur bereit ist, einen weltanschaulichen Eid abzulegen³;

der Befehl, zur Zeit des Hauptgottesdienstes am Sonntag Papier auf dem Kasernenhof aufzulesen, um den betreffenden Soldaten vom Kirchgang abzuhalten;

der Befehl, an einer Fronleichnamsprozession teilzunehmen;

der Befehl, Auskunft darüber zu geben, warum man an Gott glaube.

(2) Befehle, die in die Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. I GG) eingreifen

Nach der Intention des Verfassungsgebers soll das Grundrecht auf Freiheit des Gewissens nach Art. 4

¹ vgl. Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 28 zu Art. 4.

² vgl. Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 74 zu Art. 4.

³ vgl. Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 79 zu Art. 4.

Abs. I GG auch im Wehrdienstverhältnis keinerlei Einschränkung erfahren; da zudem die Gewissensfreiheit ihrer Entstehungsgeschichte nach zu dem Kreis der unantastbaren Menschenrechte gehört¹ und als einer der obersten Verfassungswerte anerkannt ist², muß - entsprechend der Folge der Verletzung der Menschenwürde - ein Eingriff in dieses Recht im Wege der Befehlsgebung zur Unverbindlichkeit des Befehls führen.

Der Begriff des Gewissens³ kann als sittliches Bewußtsein hinsichtlich des Wertes oder Unwertes einer bestimmten Handlung und der sich daraus für den Einzelnen ergebenden Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen definiert werden. Die Gewissensentscheidung, deren Freiheit und Unverletzlichkeit Art. 4 Abs. I GG garantiert, muß also als bindend und unbedingt verpflichtend empfunden werden, das danach ausgerichtete Handeln oder Unterlassen "unter dem unabweisbaren Zwang"⁴ des Gewissens erfolgen. Zur Begründung einer inneren sittlichen Verpflichtung können dabei "seelisch unbewußte oder bewußte gefühlsmäßige Bindungen"⁵ oder eine "undogmatische, individuelle

¹Maunz, Staatsrecht, S. 111, Hamel in Grundrechte Bd. IV 1, S. 40 ff, Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 10 zu Art. 4.

²Martens aaO, S. 113.

³zur Definition des Begriffes "Gewissen" s. BVerwGE 7, 246; 9, 97, BVerfGE 12, 55, Scheuner, Kriegsdienstverweigerung, S. 274.

⁴BVerwGE 7, 247; vgl. auch BVerfGE 22, S. 133.

⁵BVerwGE 7, 245 ff, vgl. Hahnefeld in DVBl 1962, 285.

sittliche Überzeugung", aber auch "religiöse Vorstellungen"¹ herangezogen werden. Wegen des Fehlens einer inneren Verpflichtung sind Entscheidungen lediglich politischer oder wirtschaftlicher Art² oder Entscheidungen, die aus bloßen Unlustgefühlen, gefühlsmäßigen Vorurteilen oder Aufwallungen, Zweckmäßigkeits- oder nüchternen, verstandesmäßigen Überlegungen herühren³, für sich allein noch nicht als ernste, durch Art. 4 Abs. I GG geschützte Gewissensentscheidungen zu betrachten. Als Ausfluß der Gewissensfreiheit wird durch Art. 4 Abs. I GG auch das Recht der Kundgabe des Bekenntnisses der Gewissensentscheidung geschützt⁴. Zudem wird die Freiheit der Betätigung der Gewissensentscheidung durch Art. 4 Abs. I GG i. V. mit Art. 1 Abs. I GG garantiert, da ein Handeln gegen die eigene, als verbindlich empfundene Gewissensentscheidung nicht mit dem sittlichen Selbstbestimmungsrecht als Teil der Menschenwürde zu vereinbaren wäre⁵.

Unverbindlich sind daher diejenigen Befehle, die in das Recht auf freie Gewissensentscheidung in all seinen durch Art. 4 Abs. I GG geschützten Ausdrucksformen eingreifen; der einer echten Gewissensentscheidung entgegenstehende Befehl braucht nicht befolgt zu

¹BVerwGE 7, 245.

²vgl. Scheuner, Kriegsdienstverweigerung, S. 255, 274, 281.

³BVerwGE 7, 248, Hamel in Grundrechte Bd. IV 1, S. 104.

⁴Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 46 zu Art. 4.

⁵Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 46 zu Art. 4, vgl. Leder aaO, S. 108, Hinzmann aaO, S. 52 ff, BVerfGE 12, 53 f.

werden, der Soldat sieht sich keinen Sanktionen ausgesetzt, wenn er infolge rechtlich beachtlicher Gewissensgründe den Befehl nicht befolgt.

Soweit überhaupt auf die Problematik der Vereinbarkeit des Inhalts eines Befehls mit der Gewissensentscheidung des Untergebenen eingegangen wird, nehmen mehrere Autoren¹ an, daß der Befehl, der einen Eingriff in die Gewissenssphäre enthalte, deshalb unverbindlich sei, weil er damit gegen die Menschenwürde verstoße. Da aber die sittliche Selbstbestimmung als der Menschenwürde immanentes Recht eigens in Art. 4 Abs. I GG geschützt wurde², stellt sich das Grundrecht aus Art. 4 Abs. I GG zwar als Konkretisierung der Garantie der Menschenwürde dar³, bleibt aber ein eigenständiges Grundrecht. Deshalb empfiehlt es sich, bei der Begründung der Unverbindlichkeit eines Befehls, der die Freiheit des Gewissens beeinträchtigt, unmittelbar auf die Verletzung des Art. 4 Abs. I GG als der konkreteren Rechtsgrundlage zurückzugreifen⁴.

Das hier gewonnene Ergebnis steht der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes⁵ nicht entgegen, in welcher die Vereinbarkeit des § 25 WPflG, der nur die unbedingte, nicht aber die "partielle" Kriegsdienstverweigerung zuläßt, mit der Bestimmung des Art. 4 Abs. III GG ausgesprochen worden ist. In die-

¹so Rittau, SG, S. 56 u. 116 f, A. Arndt in NJW 1957, S. 361, Hahnenfeld in NJW 1956, S. 1862, Salzmann aaO, S. 112 ff, Schwaiger aaO, S. 176 ff.

²Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 16 zu Art. 4.

³so Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 48 zu Art. 4, vgl. A. Arndt in NJW 1957, S. 361, Scholler aaO, S. 131, BVerwGE 3, 233, BVerfGE 12, 53 f.

⁴ähnlich Schreiber in NZWehrR 1965, S. 9, der allerdings den wegen Eingriffs in die Gewissenssphäre unverbindlichen Befehl dem Oberbegriff des unzumutbaren Befehls zuordnet.

⁵BVerfGE 12, 45 (47).

ser Entscheidung wurde lediglich zum Ausdruck gebracht, daß die Verweigerung des Wehrdienstes schlechthin aus "situationsgebundenen" Gewissensgründen (z. B. wegen der Verwendung von Atomwaffen, wegen eines Krieges gegen ein bestimmtes Land) als unzulässig betrachtet wird. Davon unberührt bleibt aber die Frage, ob nicht im konkreten Konfliktfall ein Befehl wegen Verletzung der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. I GG unverbindlich sein kann¹. Hier stellt sich das Problem nämlich von seiner wehrstrafrechtlichen Seite mit der Frage nach der Rechtswidrigkeit des Ungehorsams, während dort das Problem der "partiellen Kriegsdienstverweigerung" auf der verfassungsrechtlichen Ebene abgehandelt wird.

Im Ergebnis, aber nicht seiner Wurzel nach, kommt jedoch die hier vertretene Ansicht der Unverbindlichkeit eines Befehls, dessen Ausführung mit der echten Gewissensentscheidung des Untergebenen nicht vereinbar wäre, der Anerkennung einer "partiellen" Kriegsdienstverweigerung nahe², setzt aber einen durch einen konkreten Befehl aktualisierten Gewissenskonflikt voraus.

Als unverbindlich wären z. B. folgende Befehle zu betrachten:

¹ so auch Hahnenfeld in NJW 1956, S. 1862, derselbe, Wehrverfassung, S. 79, Salzmann aaO, S. 112, vgl. auch Flor in NJW 1957, S. 245.

² ähnlich Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 504, Hamel in Grundrechte Bd. IV 1, S. 107, Hahnenfeld in NJW 1956, S. 1862, Salzmann aaO, S. 115 und Schwaiger aaO, S. 178, Fußn. 293, die jedoch unter anderem Vorzeichen zu diesem Ergebnis gelangen.

der Befehl, bei einer dienstlichen Vernehmung sich einer Hypnose unterziehen zu lassen oder eine "Plauder- oder Wahrheitsdroge" einzunehmen;

Dieser Befehl greift in das Recht auf freie Bildung der Gewissensentscheidung ein, da er die Fähigkeit lähmt, sich nach eigenem Gewissen zur Aussage oder Nichtaussage zu entschließen¹.

der Befehl, seine innere Einstellung und persönliche Überzeugung zu einer bestimmten Weltanschauung zu äußern;

Dieser Befehl verletzt das Grundrecht des Art. 4 Abs. I GG, da die Freiheit des negativen Bekenntnisses bezüglich der eigenen Gewissensentscheidung in Art. 4 Abs. I GG geschützt ist; Gewissensfreiheit wird also auch als "Schweigefreiheit" verstanden².

der Befehl, Äußerungen im Kameradenkreise zu unterlassen, die die eigene, ablehnende Einstellung zur Frage der Menschlichkeit des Atomkrieges darlegen;

Hier wird das in Art. 4 Abs. I GG garantierte Recht auf Kundgabe der eigenen Gewissensentscheidung beeinträchtigt³;

der Befehl an einen Piloten im Ernstfall, über einem bestimmten Gebiet eine Atombombe abzuwerfen; gewinnt der Pilot die ernsthafte Überzeugung, daß der Abwurf eines derartigen Massenvernichtungsmittels wegen der über großen Zahl von Opfern unter der Zivilbevölkerung und der Einäscherung von ganzen Städten nicht mit seinem Gewissen zu vereinbaren sei, dann steht dieser Befehl im Widerspruch zu einer echten Gewissensentscheidung. Die Forderung nach Gehorsam muß hier dem in Art. 4 Abs. I GG geschützten

¹vgl. Scholler aaO, S. 146 ff, Zippelius in BK, Bd. I Rdn. 40 zu Art. 4.

²Scholler aaO, S. 135 f.

³vgl. Zippelius in BK Bd. I Rdn. 46 zu Art. 4.

Recht auf sittliche Selbstbestimmung, dem Recht auf autonome Gewissensentscheidung, das auch Teil der Menschenwürde ist¹, weichen; der Befehl ist dem Piloten gegenüber unverbindlich².

der Befehl an einen Soldaten im Kriegsfall, mit seiner Kompanie ein gegnerisches Dorf (etwa auf dem Gebiet der Tschechoslowakei oder der DDR) anzugreifen, in dem noch seine Verwandten leben.

Hier muß die Entscheidung des Untergebenen, dem ihm abverlangten Gehorsam nicht Folge zu leisten, als echte Gewissensentscheidung i. S. des Art. 4 Abs. I GG respektiert werden; der Befehl ist ihm gegenüber unverbindlich.

d) Befehle, die das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) beschränken

Für das Wehrdienstverhältnis sieht Art. 17 a GG keine Möglichkeit der Einschränkung des Grundrechts aus Art. 9 GG vor³; da Art. 9 GG zudem keinen allgemeinen Gesetzesvorbehalt enthält, sind das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. I GG wie auch das als Ausfluß der Vereinigungsfreiheit zu wertende Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. III GG⁴ im Wehrdienstverhältnis nicht beschränkbar⁵. Lediglich die Kautelen des Art. 9

¹ Zippelius in BK Bd. I Rdn. 16 zu Art. 1.

² im Ergebnis auch Salzmann aaO, S. 133/114 und Schwaiger aaO, S. 176 f.

³ zu den Motiven für eine Nichteinschränkung des Art. 9 GG vgl. Roemer in JZ 1956, S. 194 und Mercker aaO, S. 4.

⁴ über das Verhältnis von Art. 9 Abs. I zu Art. 9 Abs. II GG s. v. Münch in BK Bd. I Rdn. 117 zu Art. 9.

⁵ so auch Jescheck, Befehl, S. 73, Martens aaO, S. 113, Roemer in JZ 1956, S. 194, Scheuner in NZWehrR 1959, S. 84, Fußn. 7, Rittau, SG, S. 83, Scherer, SG, Anm. I 1 b zu § 6, Mann in DÖV 1960, S. 412, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 34 zu Art. 17 a; kritisch hierzu Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 470 f.

Abs. II GG, die für das Recht aus Art. 9 Abs. III GG ebenso Geltung besitzen¹, setzen einen Rahmen, innerhalb dessen sich aber die Grundrechte aus Art. 9 Abs. I, III GG frei bewegen können. Art. 9 Abs. I und III gewähren das Recht zur Bildung, zum Beitritt, zum Verbleib, zum Austritt und als korrespondierendes Negativrecht das Recht zum Fernbleiben in Bezug auf Vereine und Gesellschaften nach Art. 9 Abs. I GG und Vereinigungen nach Art. 9 Abs. III GG², soweit diese nicht dem Vorbehalt des Art. 9 Abs. II GG unterliegen. Befehle, die diese derart modifizierten Rechte aus Art. 9 Abs. I, III GG verletzen, sind unverbindlich³.

Auch das jedem Staatsbürger zustehende Recht, einer politischen Partei beizutreten bzw. aus dieser auszutreten, bleibt im Rahmen des Wehrdienstverhältnisses unangetastet. Die politischen Parteien unterfallen zwar nicht der Garantie des Art. 9 Abs. I GG, sondern der Sonderregelung des Art. 21 GG⁴, doch ist auch dieses Recht nicht eingeschränkt worden⁵. Diese Regelung entspricht dem Gedanken des "Staatsbürgers

¹ v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 331, v. Münch in BK Bd. I, Rdn. 171 ff zu Art. 9.

² zum Inhalt dieser Begriffe s. v. Münch in BK Bd. I Rdn. 27 ff und 120 zu Art. 9.

³ Scherer, SG, Anm. II 2 zu § 6, bezeichnet solche Befehle lediglich als "rechtswidrig", Jescheck, Befehl, S. 73, spricht von "Unzulässigkeit" des Befehls.

⁴ v. Münch in BK Bd. I, Rdn. 36 zu Art. 9 GG und die dort Zitierten.

⁵ nach früherem Wehrrecht war gemäß § 36 Abs. II des Reichswehrgesetzes vom 31. 3. 1921 (RGBl S. 329) die Zugehörigkeit zu "politischen Vereinen" verboten.

in Uniform". Ein Befehl, der dieses Recht beschneiden will, z. B. der Befehl an einen Soldaten, aus der SPD auszutreten, ist - auch wegen gleichzeitigen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. I GG - unverbindlich¹.

Als unverbindlich sind auch folgende Befehle zu bezeichnen:

der Befehl, einer Gewerkschaft beizutreten, dieser fernzubleiben oder aus ihr auszutreten²
(Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. III GG);

der Befehl, die beabsichtigte Gründung des Vereins "Freunde des Unteroffizierskorps des Regiments A" zu unterlassen;

der Befehl, in den örtlichen Kegelveerein "Alle Neune" einzutreten, um den Kontakt zur Zivilbevölkerung besser pflegen zu können.

e) Befehle, die das Grundrecht der Individualpetition (Art. 17 GG) verletzen

Für das Wehrdienstverhältnis läßt Art. 17 a Abs. I GG Einschränkungen des Petitionsgrundrechts nach Art. 17 GG nur insoweit zu, als das Recht der Sammelpetition betroffen wird (sogenannte "Meutereiklausel"). Dem

¹ähnlich Jescheck, Befehl, S. 73, der diesen Befehl als "unzulässig" bezeichnet; vgl. auch Scheuner in NZWehrR 1959, S. 84.

²vgl. hierzu Rittau, "Soldat und Gewerkschaft" in WWR 1966, S. 145 f; der Anspruch der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr, auch innerhalb der Kasernen unter den Soldaten Mitglieder werben zu dürfen, löste zum Teil auch die Führungskrise in der Bundeswehr im Herbst 1966 aus.

Soldaten der Bundeswehr ist es demgemäß nach § 1 Abs. IV WBO verwehrt, "in Gemeinschaft mit anderen" Petitionen einzureichen. Diese Regelung war von der Absicht geleitet, Erscheinungen zu unterbinden, die unter Umständen demonstrativen und disziplinschädigenden Charakter tragen könnten.

Nach dem Willen des Verfassungsgebers sollte jedoch das Grundrecht, allein Bitten und Beschwerden jenseits des formellen Verwaltungsrechts¹ vorzubringen, auch dem "Staatsbürger in Uniform" uneingeschränkt zur Verfügung stehen²; dieses Recht unterliegt auch keinem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Der einzelne Soldat soll damit gegen alle staatlichen Einflüsse zur Verhinderung oder Unterlassung von Einzelpetitionen geschützt werden³. Der Bundestag hat sogar durch Einführung der Institution des Wehrbeauftragten (s. Art. 45 b GG) einen zusätzlichen Adressaten für die Einzelpetition geschaffen⁴. Eine Eingabe an den Wehrbeauftragten ist demnach als Ausübung des unbeschränkbaren Rechts auf Individualpetition zu qualifizieren⁵.

¹ zu den Einzelheiten des Begriffes "Petition" s. Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 14 ff zu Art. 17, Dagtoglon in BK Bd. I Rdn. 16 ff zu Art. 17.

² so auch Mercker, Wehrrecht, S. 3/4, Mann in DÖV 1960, S. 412, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 30 zu Art. 17, Dagtoglon in BK Bd. I Rdn. 65 zu Art. 17.

³ Maunz, Staatsrecht, S. 120.

⁴ s. § 7 des Gesetzes über den Wehrbeauftragten v. 26. 6. 1957 (BGBl I, S. 652).

⁵ BDHE 6, 145 f, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 20 zu Art. 45 b.

Da sich jeglicher Eingriff in das derart umschriebene Grundrecht auf "Einzelbeschwerde" verbietet, sind jene Befehle unverbindlich, die unter Mißachtung dieses Grundrechts erteilt worden sind.

Als Beispiele solcher Fälle der Unverbindlichkeit sind folgende Befehle anzuführen:

der Befehl des Gruppenführers an den Rekruten, keine Beschwerde über die während des Geländedienstes befohlenen Maßnahmen schikanösen Charakters einzureichen;

der Befehl des Bataillonskommandeurs an einen Soldaten seiner Einheit, die beabsichtigte Eingabe an den Wehrbeauftragten hinsichtlich der Mißstände in dieser Einheit zu unterlassen;

der Befehl an einen querulatorischen Soldaten, die beabsichtigte, offensichtlich unbegründete Beschwerde nicht einzureichen. Art. 17 GG schützt das Grundrecht des einzelnen Staatsbürgers und damit des einzelnen Soldaten, sich zu beschweren, unabhängig davon, ob die Beschwerde begründet ist oder nicht¹. Deshalb ist auch dieser Befehl unverbindlich.

2. Befehle, die in die in Art. 17 a Abs. I und II GG genannten bzw. mit allgemeinem Gesetzesvorbehalt versehenen Grundrechte (im Wehrdienstverhältnis einschränkbare Grundrechte) eingreifen

Grundsätzlich können Befehle, die in die im Wehrdienstverhältnis einschränkbaren Grundrechte eingreifen, wie alle staatlichen Hoheitsakte die Vermutung des rechtlichen Bestandes für sich bean-

¹Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 39 zu Art. 17.

sprochen; der Soldat wird in der Regel auf den Weg der Anfechtung des Befehls nach der Wehrbeschwerdeordnung verwiesen. Nur bei Offensichtlichkeit der Überschreitung der statusbedingten, durch die Pflichten des Soldatengesetzes gekennzeichneten Einschränkungsmöglichkeiten dieser Grundrechte tritt entsprechend der Folge der Nichtigkeit von Verwaltungsakten die Unverbindlichkeit eines Befehls ein. Kriterien für die Kennzeichnung der Offensichtlichkeit der Überschreitung der statusbedingten Schranken bilden der auch hier geltende Grundsatz der Unantastbarkeit des Wesensgehaltes des einschränkbaren Grundrechts¹ und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs und des Zwecks (sog. "Übermaßverbot"); der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, als Ausfluß des Rechtsstaatsgedankens mit Verfassungsrang ausgestattet, gilt auch für die Verwaltung² und damit ebenso für die Bundeswehr als Teil der Exekutive³. Entscheidend für die Unverbindlichkeit eines Befehls ist hier das offensichtliche Mißverhältnis zwischen dem dienstlichen Zweck und der Gefährdung des einzuschränkenden Grundrechts⁴.

¹oben S. 82/83.

²vgl. Maunz-Dürig, GG, Rdn. 115 zu Art. 20, Leibholz-Rinck, GG, Rdn. 27 zu Art. 20, BVerfGE 8, 328; 20, 150.

³so ausdrücklich Mann in DÖV 1960, S. 414.

⁴vgl. BDH Wehrdienstsenat in DÖV 1959, S. 26/27.

Die Fälle dieser Art von Unverbindlichkeit eines militärischen Befehls sollen nun im folgenden an Hand der bedeutendsten im Wehrdienstverhältnis einschränkbaren Grundrechte näher erläutert werden.

- a) Befehle, die unter offensichtlicher Überschreitung der statusbedingten Grenzen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) beschränken

Art. 2 Abs. 1 GG gewährt das Recht auf autonome Daseinsgestaltung, auf Bestimmung von Tun oder Unterlassen in dem personalen, gesellschaftlichen, sozialen oder materiell-wirtschaftlichen Bereich¹; Art. 2 Abs. 1 GG beinhaltet somit das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit². Im Wehrdienstverhältnis findet dieses Grundrecht, da es in dem Einschränkungskatalog des Art. 17 a GG nicht aufgeführt ist, seine Schranken nur in seinem eigenen Verfassungsvorbehalt; es ist nur insoweit gewährleistet, als nicht Rechte anderer verletzt werden, gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen das Sittengesetz verstoßen wird. Dem Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" i. S. des Art. 2 Abs. 1 GG wird auch die grundgesetzlich institutionalisierte Wehrverfassung zugeordnet³. Damit erfährt das Grund-

¹ zum Inhalt dieses Grundrechts s. Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 5 ff zu Art. 2 Abs. 1.

² BVerfGE 6, 32 = JZ 1957, S. 167.

³ BDH Wehrdienstsenat in NZWehrR 1961, S. 85 f, Scherer, SG, S. 51 zu § 6, vgl. Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 21 zu Art. 2 Abs. 1.

recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit - soweit es die Erfordernisse des militärischen Dienstes verlangen (s. § 6 S. 2 SG) - eine Einschränkung durch die Pflichten des Soldatengesetzes, die das im Grundgesetz verankerte Institut des Wehrdienstverhältnisses konkretisieren¹. Gerade die besonders intensive Inpflichtnahme des Soldaten im Wehrdienstverhältnis bringt es mit sich, daß vor allem der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. I GG, den individuellen Neigungen des einzelnen Soldaten, bestimmte statusbedingte, z. B. durch die Gehorsamspflicht hervorgerufene Grenzen auferlegt sind. Diese Grenzen werden aber dann offensichtlich überschritten, wenn der dienstliche Zweck in keinem Verhältnis zu dem vorgenommenen Eingriff in dieses Grundrecht steht. Eine offensichtliche Überschreitung der statusbedingten Grenzen liegt auch dann vor, wenn im außerdienstlichen Bereich eine Beschränkung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit durch andere als im Soldatengesetz normierte außerdienstliche Pflichten vorgenommen wird². Befehle, die ihre Wirkung im außerdienstlichen Bereich entfalten, können jedoch durchaus von dienstlichen Zwecken geleitet sein, so daß sich ihre Unverbindlichkeit nicht schon aus § 22 Abs. I S. 1 WStG i. V. mit § 11 Abs. I S. 3 SG ergibt.

¹BDH Wehrdienstsenat in NZWehrR 1961, S. 86, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 21 zu Art. 2 Abs. I, vgl. Jescheck, Befehl, S. 72 oben, Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 498 unten.

²Scherer, SG, Anm. II 1 zu § 6.

Als unverbindlich können folgende Befehle gelten:

der Befehl, während eines einjährigen Lehrgangs nicht zu heiraten;

Das Recht, heiraten zu dürfen, ist als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. I GG zu verstehen¹ und durch keine im Soldatengesetz normierte Pflicht eingeschränkt. Die Offenkundigkeit der Überschreitung der statusbedingten Grenzen des Grundrechts aus Art. 2 Abs. I GG ist deshalb zu bejahen.

der Befehl, während der Freizeit immer Uniform zu tragen;

Auch das Recht, in der Freizeit Zivilkleidung zu tragen, ist als Konkretisierung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit anzusehen². Dieses Recht des Soldaten könnte zwar in Spannungszeiten oder im Alarmfall beschränkt werden³, darf aber dem Untergebenen nicht grundsätzlich für immer entzogen werden. Hier wird der Wesenskern dieses Rechts angetastet, die Überschreitung ist offensichtlich.

der Befehl, im Hinblick auf die Pflicht, das Ansehen der Bundeswehr zu wahren (s. § 17 Abs. II SG), einen Schadensersatzanspruch zu erfüllen, der durch den Richter noch nicht festgestellt ist⁴;

Dem Untergebenen muß es nach Art. 2 Abs. I GG in seiner Stellung als Schuldner grundsätzlich freistehen, einen fragwürdigen Anspruch zu erfüllen oder erst den Richterspruch abzuwarten. Die Unverhältnismäßigkeit des dienstlichen Zweckes (Wahrung des Ansehens der Bundeswehr) zur Schwere der Beschränkung des Rechts aus Art. 2 Abs. I GG ist hier offensichtlich.

¹ Scherer, SG, Anm. I 3 b zu § 6, Salzmann aaO, S. 106.

² so Rittau, SG, Anm. 2 II zu § 6, Scherer, SG, Anm. I 3 a zu § 6, Salzmann aaO, S. 107.

³ so Scherer, SG, Anm. I 3 a zu § 6.

⁴ Beispiel von Schafheutle in der 190. Sitzung des Rechtsausschusses des 2. Deutschen Bundestages, 190. Protokoll S. 9.

der Befehl, in einem Disziplinarverfahren auszusagen¹, in einem Strafverfahren ohne Rücksicht auf eine eventuelle Selbstbelastung die Wahrheit auszusagen², sich bei der Polizei einem Alkoholtest wegen Verdachts des Fahrens im Zustande der Trunkenheit zu unterziehen³;

Der Soldat muß grundsätzlich selbst darüber entscheiden können, ob er aussagen bzw. sich selbst belasten will. Das Recht zur Aussageverweigerung ist auch aus § 21 a Abs. III WDO ableitbar. Eine im Wege der Befehlsgebung konstituierte Pflicht zur Aussage oder zur Selbstbezeichnung greift daher in den Kernbereich des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ein; der Befehl ist daher unverbindlich⁴.

der Befehl, verliehene Kriegsauszeichnungen entgegen dem eigenen Willen zu tragen oder nicht zu tragen⁵;

Art. 2 Abs. I GG gewährt dem Soldaten das Recht, verliehene Auszeichnungen oder Orden zu tragen oder nicht zu tragen. Das Soldatengesetz bietet aber mit seinen einzelnen Pflichten keine rechtliche Handhabe zur Begründung einer Pflicht hinsichtlich des Tragens von Auszeichnungen. Ein Befehl, der aber eine solche Pflicht beinhaltet, ist wegen

¹ Beispiel des BDH Wehrdienstsenat in NZWehrR 1960, S. 80 f, der aber den Befehl wegen Unzumutbarkeit als unverbindlich betrachtet, ebenso Schreiber in NZWehrR 1962, S. 8 f.

² Beispiel bei Schreiber in NZWehrR 1965, S. 7; Rittau, WStG, Vorb. 2 II vor § 19, scheint diesen Befehl als verbindlich anzusehen.

³ Scherer, in NZWehrR 1959, S. 131 ff, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 7; beide nehmen unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit die Unverbindlichkeit dieses Befehls an.

⁴ im Ergebnis auch Scherer in NZWehrR 1959, S. 131 ff, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 7.

⁵ vgl. dazu Schreiber in NZWehrR 1959, S. 139 mit dem Hinweis auf Art. 2 Abs. I GG.

offensichtlicher Überschreitung der im Wehrdienstverhältnis gegebenen Schranken des Grundrechts aus Art. 2 Abs. I GG unverbindlich.

der Befehl, sich gegen seinen Willen zu einem höheren Dienstgrad befördern zu lassen¹;

Die Übernahme eines höheren Dienstgrades setzt die freie Entscheidung des im Wege eines zweiseitigen Hoheitsaktes zu Ernennenden voraus, weil mit der Beförderung zugleich eine Übernahme eines höheren Verantwortungsbereichs verbunden ist. Die Beförderung kann aber niemals erzwungen werden, ein entsprechender Befehl ist unverbindlich².

der Befehl, zur Erhaltung der Gesundheit nicht mehr als fünf Zigaretten täglich zu rauchen³. Der Soldat hat zwar nach § 17 IV S. 1 SG die Pflicht, seine Gesundheit zu erhalten; diese Pflicht reicht jedoch nicht soweit, auch das Rauchen auf ein erträgliches Maß reduzieren zu müssen. Ist schon die gesundheitsschädigende Wirkung des Rauchens schlechthin noch nicht medizinisch geklärt, so steht jedenfalls die Frage der gesundheitsschädlichen Wirkung von lediglich 6, 7 oder 8 Zigaretten täglich außer Diskussion; der Soldat kann nach Art. 2 Abs. I GG frei bestimmen, ob und wieviel Zigaretten er rauchen will. Wegen des offensichtlichen Mißverhältnisses zwischen dem dienstlichen Interesse (Erhaltung der Gesundheit) und der Schwere des Eingriffs ist daher dieser Befehl unverbindlich.

¹Sprechsaal in NZWehrR 1960, S. 122.

²so im Ergebnis auch Schreiber in NZWehrR 1965, S. 7.

³Beispiel bei Scherer in NZWehrR 1961, S. 100, der aber keine Lösung bietet.

Verbindlich wäre aber z. B. der Befehl, bei außer-dienstlichen Fahrten mit Privatmotorrädern zur Erhaltung der Gesundheit und Vermeidung von schweren Verletzungen bei Verkehrsunfällen einen von der Bundeswehr bereitgestellten Sturzhelm zu tragen¹. Ebenso sind Befehle verbindlich, die das Kürzen von schulterlangen, feminin wirkenden "Beatle-Frisuren" oder von wild wuchernden "Gammler-Bärten" anordnen². Diese Befehle verletzen nicht das Grundrecht des Art. 2 Abs. I GG³, weil das Tragen solcher Haar- oder Barttrachten nicht mit den gesetzlich begründeten Pflichten des Soldaten auf Wahrung des Ansehens der Bundeswehr in der Öffentlichkeit (s. § 17 Abs. II SG) und der Pflicht zur Gesundhaltung (s. § 17 Abs. IV S. 1 SG) im Hinblick auf die Gefährdung beim Umgang mit Maschinen oder beim Tragen der ABC-Schutzmaske zu vereinbaren wäre.

¹ BDH Wehrdienstsenat in NZWehrR 1961, S. 85 ff, vgl. auch Scherer in NZWehrR 1961, S. 97 ff und Schütz in NZWehrR 1961, S. 100 ff.

² so auch Fiedler in NZWehrR 1968, S. 25, Erlaß des BMVtdg, abgedr. in NZWehrR 1967, S. 165 f, Urteil des AG Freising v. 5. 7. 1967, abgedr. in Kohlhaas-Schwenck, Rechtsprechung in Wehrstrafsachen, Nr. 7 zu § 22 WStG.

³ so ausd. Erlaß des BMVtdg aaO, S. 166.

- b) Befehle, die unter offensichtlicher Überschreitung der statusbedingten Grenzen das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. II S. 1 GG) und auf Freiheit der Person¹ (Art. 2 Abs. II S. 2 GG) beschränken

In die Freiheitsrechte des Art. 2 Abs. II S. 1, 2 GG darf nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes² eingegriffen werden (s. Art. 2 II S. 3 GG i. V. mit Art. 104 I S. 1 GG). Das - förmliche - Soldatengesetz zeigt in seinen gesetzlich begründeten Pflichten für das Wehrdienstverhältnis Schranken dieser Freiheitsrechte auf (z. B. in der Grundpflicht des Soldaten zum treuen Dienen und zur Verteidigung der Freiheit des deutschen Volkes nach § 7 SG)³. Einschränkungen der Grundrechte aus Art. 2 Abs. II GG müssen sich aber gemäß § 6 S. 2 SG im Rahmen der Erfordernisse des militärischen Dienstes bewegen; in keinem Fall darf jedoch der Menschenrechtsgehalt dieser Grundrechte verletzt werden, da die Garantie des Art. 19 Abs. II GG auch im Wehrdienstverhältnis als verbindlich anzusehen ist. Der eindeutige Wortlaut des Art. 2 Abs. II S. 3 GG verbietet aber die Begründung weiterer als durch die Pflichten des Soldatengesetzes möglicher Einschränkungen der Grundrechte des Art. 2 Abs. II GG durch Rückgriff auf das militärische Statusverhältnis⁴. Befehle, die

¹ Unter Beschränkungen der Freiheit der Person wird hier nicht die völlige Freiheitsentziehung verstanden, da diese in der Regel durch einen Straftenor, nicht aber durch Befehl ausgesprochen wird; vgl. hierzu Kern in Grundrechte Bd. II S. 71.

² Kern in Grundrechte Bd. II, S. 54.

³ vgl. Jescheck, Befehl, S. 73, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 21 zu Art. 2, BDH Wehrdienstsenat in NZWehrR 1961, S. 86 oben.

⁴ so Mann in DÖV 1960, S. 414, anscheinend auch Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 496.

unter offensichtlicher Mißachtung dieser aufgezeigten Schranken die Freiheitsrechte aus Art. 2 Abs. II GG beschränken, sind daher unverbindlich. Natürlich ist hier nicht jeder, den Soldaten gefährdende Befehl unverbindlich, da dem Soldaten auf Grund seiner Verpflichtung zur Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland zugemutet wird, Gefahren zu bestehen (vgl. § 6 WStG). Die Pflicht zum treuen Dienen und zur Verteidigung von Recht und Freiheit (s. § 7 SG) gilt nämlich schon in Friedenszeiten¹, da der militärische Dienst auf den Ernstfall vorbereiten soll. Aus der Grundpflicht des Soldaten nach § 7 SG läßt sich daher die Rechtmäßigkeit der Auferlegung "berufs- und ausbildungsüblicher" Gefahren (z. B. Teilnahme am Scharfschießen, Absprung mit dem Fallschirm etc.) und der dadurch bedingten Einschränkung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. II S. 1 GG ableiten.

Zwar wird auch im Kriegsfall eine weitgehende Schonung der Truppe angestrebt, doch ist gerade im Ernstfall der Soldat verpflichtet, erhöhte Gefahren auf sich zu nehmen; der Staat darf sogar im Verteidigungsfall von seinen Soldaten die Bestehung höchster Lebensgefahren, den Einsatz des eigenen Lebens fordern², wenn dies militärischen Erfordernissen entspricht und dem Soldaten noch, wenn auch geringe Überlebenschancen eingeräumt werden können³. Befehle, die aber sinnlose

¹Scherer, SG, Anm. III 1 zu § 7 SG, Schreiber, Recht, S. 81 f.

²Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 19 zu Art. 2 Abs. II, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 186 f, Kern in Grundrechte Bd. II, S. 59 f, Hahnenfeld, Wehrverfassungsrecht, S. 53.

³vgl. Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 6 zu § 6.

gesundheits- und lebensgefährdende Opfer auferlegen und durch keinerlei militärische Erfordernisse notwendig erscheinen, sind in hohem Maße grundrechtswidrig und daher unverbindlich.

Zu diesem Ergebnis gelangte, wenn auch mit anderer Begründung, schon die Rechtsprechung zum früheren Militärstrafgesetzbuch von 1872. In dem Bemühen, den Untergebenen im militärischen Bereich möglichst vor besonders schwerwiegenden Eingriffen in seine Rechtsstellung zu schützen, sprach bereits das Reichsmilitärgericht¹ im Jahre 1917 aus, "daß nicht rechtmäßig auch ein Befehl ist, der ohne Notwendigkeit Leben und Gesundheit des Untergebenen gefährdet"; bei dieser Entscheidung lag lediglich der Befehl zugrunde, beim Exerzierdienst eine knietiefe Wasserlache zu durchwaten. Das Reichskriegsgericht² wiederum gebrauchte folgende klassische Formulierung: "Die Pflicht zum Gehorsam entfällt ..., wenn ein Befehl ... ohne einen sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Grund so tief in das Rechtsgebiet des Untergebenen, in seine Ehre, sein Ansehen, seine militärische Stellung, seine Gesundheit, sein Leben ... eingreift, daß dem Untergebenen bei Abwägung aller Gesichtspunkte nicht zugemutet werden kann, den Befehl zu befolgen."

Dieser Praxis der Rechtsfindung durch die frühere Rechtsprechung fehlte noch der normative Unterbau; unter der Geltung der Grundrechte jedoch kann dieses Ergebnis unter dem Gesichtspunkt des unver-

¹RMG 22, 78 (81).

²RKG 1, 177 (180), vgl. dazu RGSt 59, 335 ff.

hältnismäßigen, die statusbedingten Grenzen offensichtlich überschreitenden Eingriffs in Grundrechte auch dogmatisch erfaßt und begründet werden.

Als unverbindlich sind folgende Befehle zu qualifizieren:

der Befehl an einen mit Geheimaufgaben betrauten Soldaten, im Falle der Gefangennahme Selbstmord zu verüben¹;

der Befehl, ohne ersichtlichen militärischen Grund um jeden Preis "bis zum letzten Mann" durchzuhalten (sinnlose Durchhaltebefehle)²;

der Befehl zur Teilnahme an einem sogenannten "Himmelfahrtskommando", der den sicheren Tod bedeutet.

Das sichere Opfer des Lebens kann nicht durch Befehl abverlangt, sondern nur freiwillig erbracht werden³. Befehle, die dieses Opfer dennoch fordern, sind nicht mehr von der Grundpflicht des § 7 SG getragen, tasten den Wesensgehalt des Grundrechts auf Leben an und sind deshalb unverbindlich.

der Befehl, in Friedenszeiten einen gefährlichen, reißenden Fluß in voller Ausrüstung zu durchwaten⁴;

der Befehl, in Friedenszeiten ein Kabel auf einem von Blindgängern nicht freien Gelände zu verlegen⁵.

¹Arndt in NZWehrR 1960, S. 149 und Grundriß, S. 113, Jescheck, Befehl, S. 83, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 4.

²Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 496 und Mann in DÖV 1960, S. 413.

³vgl. hierzu noch Dreher in JZ 1957, S. 395, Dreher-Lackner-Schwalb, WStG, Rdn. 6 zu § 6, Rittau, WStG, Anm. 1 zu § 6.

⁴Jescheck, Befehl, S. 83, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 4 u. 9, ders. in WK 1957, S. 587; vgl. auch das Iller-Unglück bei der Bundeswehr.

⁵Schreiber in NZWehrR 1965, S. 4, BDH, Wehrdienstsenat in NZWehrR 1959, S. 98.

In Friedenszeiten darf der Soldat nicht einer übermäßig erhöhten Gefahrenlage ausgesetzt werden. Befehle, die das Bestehen einer nicht ausbildungsüblichen, erhöhten Gefahr fordern, sind wegen des offensichtlichen Mißverhältnisses von dienstlichem Zweck (Ausbildung) und der Gefährdung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. II S. 1 GG unverbindlich.

der Befehl an einen Nichtschwimmer, als Mutprobe vom Sprungbrett ins tiefe Wasser zu springen¹;

der Befehl, bei sengender Hitze an einem 50-km-Eilmarsch teilzunehmen;

Auch die hier heraufbeschworene Gefährdung der Gesundheit² steht in keinem Verhältnis zu den dienstlichen Erfordernissen der Ausbildung in der Marschdauerleistung.

der Befehl an einen kranken Soldaten, zur Wiederherstellung der dienstlich erforderlichen Gesundheit bestimmte ärztliche Eingriffe zu dulden oder ein bestimmtes ärztlich verordnetes Medikament einzunehmen;

Nach § 17 Abs. IV S. 3 SG ist der Soldat nur verpflichtet, Eingriffe in sein Recht auf körperliche Unversehrtheit zu dulden, wenn diese Maßnahmen der Seuchenbekämpfung dienen. Zur Duldung anderer ärztlicher Eingriffe oder Vornahme anderer Behandlungsmaßnahmen ist er hingegen nicht verpflichtet. Er verliert bei Verweigerung zumutbarer ärztlicher Eingriffe lediglich Versorgungsansprüche (s. § 17 Abs. IV S. 4 SG). Befehle, die offensichtlich die im Hinblick auf die Heilbehandlung gezogenen Pflichtgrenzen des § 17 Abs. IV S. 3 SG überschreiten, sind daher unverbindlich³.

¹ vgl. die beiden Fälle in RKG 1, 38 u. 177.

² auch die Gesundheit ist in dem Grundrecht auf Unversehrtheit des Körpers mitgeschützt, s. Kern in Grundrechte Bd. II, S. 60 unten.

³ so auch Schreiber in NZWehrR 1965, S. 130, im Ergebnis auch Mann in DÖV 1960, S. 416.

der Befehl an einen Soldaten, die ihm zustehende Familienheimfahrt anzutreten¹;

der Befehl, während des Urlaubs den Urlaubsort nicht zu verlassen, ohne daß hierfür ein zwingender Anlaß besteht;

der Befehl an Soldaten des Standortes X, die Gaststätten des Standortes Y nicht zu besuchen, weil dort ohnehin genügend Soldaten anwesend seien.

Diese Befehle greifen ohne jeden dienstlichen Grund in die in Art. 2 Abs. II S. 2 GG garantierte körperliche Bewegungsfreiheit² ein und sind daher offensichtlich nicht mehr von den Pflichten des Soldatengesetzes getragen³.

Verbindlich hingegen wäre z. B. der Befehl, nicht in bestimmte Länder des Ostblocks zu reisen, um nicht fremden Geheimdiensten in die Hände zu fallen⁴, oder der Befehl, eine bestimmte Gaststätte im Standortbereich nicht zu besuchen, in der des öfteren Kontaktaufnahmen von Angehörigen fremder Sicherheitsdienste beobachtet worden sind.

c) Befehle, die unter offensichtlicher Überschreitung der statusbedingten Grenzen das Grundrecht der freien Meinungsäußerung beschränken (Art. 5 Abs. I S. 1 GG)

Daß in Art. 5 Abs. I S. 1 Hlbs. 1 GG gewährleistete Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei

¹Schreiber in NZWehrR 1965, S. 168.

²Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 49 zu Art. 2 Abs. II, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 188.

³vgl. Schreiber in NZWehrR 1965, S. 168.

⁴so auch Jescheck, Befehl, S. 83.

zu äußern und zu verbreiten¹, kann nach Art. 17 a Abs. I GG während des Wehrdienstes eingeschränkt werden.

Unter Meinung sind hierbei in Abgrenzung zu den lediglich berichtenden, wertungsfreien Tatsachenmitteilungen nur jene Mitteilungen zu verstehen, die "überzeugende, belehrende oder sonst richtungsgebende geistige Wirkungen auf die Umwelt haben wollen oder können"². Der Begriff der Meinungsäußerung beinhaltet neben den in Art. 5 Abs. I S. 1 GG erwähnten Kommunikationsarten auch die Äußerung durch Druckschriften, Schallplatten, Tonbänder oder Tonfilme als Konservierungen von Wort und Bild, aber ebenso Äußerungen durch Verhaltensweisen wie Schweigemärsche etc.³.

Die Aufnahme der Möglichkeit der Einschränkung dieses Grundrechts in Art. 17 a Abs. I GG wäre nicht nötig gewesen, da im Einklang mit der herrschenden Lehre⁴ das Soldatengesetz als "allgemeines Gesetz"⁵ im Sinne des Art. 5 Abs. II GG zu bezeichnen ist, das Grund-

¹ zum Inhalt dieses Begriffes vgl. Zippelius in Ev. Staatslexikon, Stichwort "Meinungsfreiheit", S. 1298 ff, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 49 ff zu Art. 5, Maunz, Staatsrecht, S. 113 f, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 234 ff.

² Zinn, August-Stein, Die Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, Bad Homburg-Berlin 1954, Bd. I Anm. 3 zu Art. 11 Hess. Verfassung (Meinungsäußerungsfreiheit); vgl. Zippelius in Evang. Staatslexikon, Stichwort "Meinungsfreiheit", S. 1299.

³ Zippelius in Evang. Staatslexikon, Stichwort "Meinungsfreiheit" S. 1299.

⁴ Köttgen, Meinungsfreiheit, S. 71, Mercker, Wehrrecht, S. 3, Röhl aaO, S. 204, Fußn. 69 u. S. 208, Roemer in JZ 1956, S. 194, Salzmann aaO, S. 99, Martens aaO, S. 109, Scherer, SG, Anm. I 2 f zu § 6, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 515, Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 477, im Ergebnis auch Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 27 zu Art. 17 a GG.

⁵ zum Begriff "allgemeines Gesetz" s. BVerfGE 7, 198, 210.

recht auf Meinungsfreiheit also schon auf Grund der Regelung des Art. 5 Abs. II GG eine Einschränkung im Wehrdienstverhältnis erfahren kann. Die Aufnahme des Art. 5 Abs. I S. 1 Hlbs. 1 GG in den Katalog des Art. 17 a Abs. I GG ist darauf zurückzuführen, daß die in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschende Ansicht zum Begriff des "allgemeinen Gesetzes" von einer Minderheit in den Ausschüsseberatungen als unrichtig bezeichnet wurde; um dieser Mindermeinung gerecht zu werden, wurde das Grundrecht des Art. 5 Abs. I S. 1 Hlbs. 1 GG bei der Fassung des Art. 17 a GG mitberücksichtigt¹.

Das Recht, sich aus den allgemein zugänglichen Quellen zu informieren, die sogenannte Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. I S. 1 Hlbs. 2 GG ist in Art. 17 a Abs. I GG nicht erwähnt; daraus ist zu schließen, daß dieses Grundrecht im Wehrdienst keinen zusätzlichen Beschränkungen unterworfen werden sollte. Allerdings hat das Recht auf Informationsfreiheit auch für den Soldaten Bestandskraft nur innerhalb der in Art. 5 Abs. II GG normierten Grenzen². Der Soldat kann sich aus Tageszeitungen, Druckschriften etc. ungehindert informieren, solange diese nicht etwa wegen

¹ vgl. Roemer in JZ 1956, S. 194, Martens aaO, S. 109.

² so auch Lerche in Evang. Staatslexikon, Stichwort "Informationsfreiheit", S. 786, Mercker, Wehrrecht, S. 3, Schäfer in NJW 1956, S. 530, v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I S. 515, Martens aaO, S. 108 f; mißverständlich insoweit Mann in DÖV 1960, S. 412, der das Recht auf Informationsfreiheit als "völlig uneinschränkbar" bezeichnet.

Verstoßes gegen strafrechtliche Bestimmungen (z. B. gegen § 86 StGB) verboten sind.

Für das sowohl nach Art. 17 a Abs. I GG wie auch auf Grund des Gesetzesvorbehalts des Art. 5 Abs. II GG einschränkbare Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und Meinungsverbreitung stellen zunächst die Pflichten des Soldatengesetzes gewisse Schranken auf. Der Gesetzgeber des Soldatengesetzes erachtete die Notwendigkeit der parteipolitischen Neutralität der Bundeswehr, der ungestörten Durchführung des militärischen Dienstes und der Aufrechterhaltung der Disziplin, die Pflicht, das Ansehen der Bundeswehr, die gegenseitige Achtung und die Kameradschaft zu wahren und in dienstlichen Angelegenheiten Verschwiegenheit zu üben, für höherwertiger als die absolute Wahrung der Grundrechtssphäre aus Art. 5 Abs. I S. 1 GG¹; Schranken des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung finden sich z. B. in den §§ 8, 10 Abs. VI, 12, 14, 15, 16, 17 SG². Wenn das Soldatengesetz hierbei ein besonderes Interesse an der politischen Meinungsäußerung bekundete (s. § 15 SG), so darf doch nicht übersehen werden, daß auch die unpolitische Meinungsäußerung eine Einschränkung durch die Pflichten des Soldatengesetzes erfährt, z. B. durch die Pflicht zur Verschwiegenheit in dienstlichen Angelegenheiten (s. § 14 SG) oder durch das Gebot, Disziplin zu wahren (s. § 17 Abs. I SG). Der Begriff der Disziplin darf aber nicht derart überspannt werden, daß jede

¹ vgl. Rittau, SG, S. 81, Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 467 ff, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 26 zu Art. 17 a.

² hierzu ausführlich Köttgen, Meinungsfreiheit, S. 61 ff, v. Münch, Freie Meinungsäußerung, S. 69 ff, vgl. auch Scherer, SG, Anm. I 2 f zu § 6.

Einschränkung der Meinungsäußerung erlaubt sei¹; nur dort, wo die Meinungsäußerung - politischer oder unpolitischer Art - zur Aufsässigkeit oder zu militärischem Ungehorsam zu führen droht, ist unter Berufung auf die Pflicht des § 17 Abs. I SG, auf die Pflicht der Wahrung der Disziplin eine Einschränkung möglich².

Neben diesen aus den Normen des Soldatengesetzes sich ergebenden Schranken gelten für den Soldaten noch die im Grundgesetz selbst in Art. 5 Abs. II GG aufgezeigten Begrenzungen des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung³.

Befehle, die aber unter offensichtlicher Überschreitung dieser Einschränkungsmöglichkeiten in das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und Meinungsverbreitung bzw. in das Recht der Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. I S. 1 GG eingreifen, sind unverbindlich.

Als Beispiele solcher Art von Unverbindlichkeit wären folgende Befehle anzuführen:

der Befehl des Gruppenführers an einen Rekruten (Abiturienten), sich im staatsbürgerkundlichen Unterricht jeglicher Meinungsäußerung zu enthalten, da er dessen Überlegenheit fürchtet;

der Befehl an einen, einer politischen Partei angehörenden Soldaten, auf der Versammlung seiner Partei nicht zu sprechen;

Außerhalb des Dienstes und der dienstlichen Anlagen ist dem Soldaten die Teilnahme am politischen Leben nicht

¹Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 115 zu Art. 5.

²vgl. v. Münch, Freie Meinungsäußerung, S. 70/71.

³vgl. Rittau, SG, Anm. V zu § 6.

versagt (vgl. § 15 SG); Schranken bilden hier nur die Pflicht, das Ansehen der Bundeswehr zu wahren (s. § 17 Abs. II SG) und das Gebot, die freiheitlich-demokratische Grundordnung i. S. des Grundgesetzes anzuerkennen und dafür einzutreten (s. § 8 SG). Ein generelles Redeverbot überschreitet aber offensichtlich diese statusbedingten Schranken.

der Befehl, während des Urlaubs sich im Gespräch mit Zivilisten jeglicher Meinungsäußerung zur Frage der Rechtmäßigkeit des Vietnamkrieges zu enthalten;

der Befehl an einen dienstfreien Soldaten in Zivilkleidung, nicht an einem außerhalb der Kaserne stattfindenden und genehmigten Schweigemarsch gegen die Einführung der Notstandsgesetze teilzunehmen;

Die Teilnahme an einem Schweigemarsch ist als Meinungsäußerung zu verstehen¹.

Die in Zivilkleidung beabsichtigte Teilnahme ist kaum geeignet, das Ansehen der Bundeswehr zu schädigen. Da der genehmigte Schweigemarsch als durchaus legale, demokratische Form des Protestes gegen staatliche Maßnahmen zu werten ist, kann die Teilnahme hieran auch nicht als Verstoß oder Mißachtung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung betrachtet werden. Es liegt deshalb eine offensichtliche Verletzung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung vor.

der Befehl, die Illustrierte "Stern" nicht zu beziehen, da diese sich einmal negativ über das Starfighterprogramm geäußert habe;

der Befehl, den Sender "Luxemburg" nicht zu empfangen, weil seine Sendungen von der internationalen Plutokratie gesteuert seien.

In den letzten beiden Fällen liegt ein offensichtlicher Verstoß gegen die in

¹ Zippelius in Evang. Staatslexikon, Stichwort "Meinungsfreiheit", S. 1299.

Art. 5 Abs. I S. 1 Hlbs. 2 GG geschützte Informationsfreiheit vor, da das Recht, sich aus den für die Allgemeinheit zugänglichen Quellen, wie Radio oder Zeitschriften, zu informieren, auch für den Soldaten nicht beschränkt worden ist¹.

Verbindlich sind aber z. B. der Befehl, im dienstlichen Bereich keine politischen Propagandareden zu halten oder politische Schriften zu verteilen (s. § 15 Abs. II SG) oder der Befehl an den Zugführer, im Unterricht nicht zugunsten der SPD zu werben (s. § 15 Abs. I S. 1 SG). Verbindlich ist auch der Befehl, die an der Spindtüre befestigte Fahne der Sowjetunion zu entfernen². Innerhalb der dienstlichen Unterkünfte ist jegliche Form der politischen Meinungsäußerung, auch in der Form des Aufhängens von Emblemen politischer Gruppen verboten (s. § 15 Abs. II S. 3 SG)³. Der Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages, Matthias Hoogen, dem dieser Fall im Beschwerdeverfahren vorgelegt wurde, hat in diesem Sinne entschieden, als er beschied, daß die Entfernung dieser Fahne "militärischen Erfordernissen"⁴ entsprochen habe.

¹vgl. Mercker, Wehrrecht, S. 3, Schäfer in NJW 1956, S. 530, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 26 zu Art. 17 a.

²Beispiel im Jahresbericht des Wehrbeauftragten von 1968, abgedr. in Nürnberger Nachrichten v. 8. 3. 1969, S. 2.

³vgl. Erlaß des BMVtdg, Tgb. Nr. 36/37 v. 22. 7. 1957, wonach das Anschlag von Wahlplakaten innerhalb der Kaserne verboten ist.

⁴so M. Hoogen im Jahresbericht 1968, zit. nach Nürnberger Nachrichten v. 8. 3. 1969, S. 2.

- d) Befehle, die unter offensichtlicher Überschreitung der Grenzen der statusrechtlichen Inpflichtnahme des Soldaten in andere, wehrrechtlich bedeutsame Grundrechte eingreifen

Weitere im Wehrdienstverhältnis einschränkbare Grundrechte sind die in Art. 17 a Abs. I, II GG genannten Grundrechte der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)¹ sowie die weiteren unter Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte, z. B. die Grundrechte auf Wahrung des Brief- und Postgeheimnisses oder der Berufsfreiheit (Artt. 10, 12 GG)².

Die in Art. 17 a Abs. II GG aufgeführten Grundrechte der Freizügigkeit und der Unverletzlichkeit der Wohnung sind im Wehrdienstverhältnis einschränkbar, da dem in Art. 17 a Abs. II GG genannten umfassenden Begriff des Verteidigungsgesetzes auch das Soldatengesetz als Wehrgesetz im engeren Sinn zuzuordnen ist³.

Eine Berührung dieser Grundrechte durch Befehle im militärischen Statusverhältnis ist nur in seltenen Fällen denkbar. Soweit jedoch eine statusbedingte Beeinträchtigung durch die im Soldatengesetz statuierten Pflichten möglich ist, gilt auch hier die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG, insbesondere

¹ Die Gemeinschaftsunterkunft des Soldaten begründet aber als solche noch nicht eine "Wohnung" i. S. des Art. 13 GG, s. Rittau, SG, S. 85, Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 493, Martens aaO, S. 111.

² vgl. hierzu Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 487 ff.

³ so Roemer in JZ 1956, S. 194, Mercker, Wehrrecht, S. 4, Maunz-Dürig, GG, Bd. I Rdn. 77 zu Art. 11, Maunz, Staatsrecht, S. 175, Martens aaO, S. 110.

das Verbot des unverhältnismäßigen Eingriffs in diese Grundrechte. Eine offensichtliche Mißachtung dieser Eingriffsschranken führt zu Unverbindlichkeit des beeinträchtigenden Befehls.

Unverbindlich sind z. B. folgende Befehle:

der Befehl zur Teilnahme an einer plötzlich angesetzten, außerdienstplanmäßigen, für die Ausbildung nicht erforderlichen Nachtübung, um damit den Besuch einer Wahlversammlung der X-Partei im Standort zu verhindern;

Das willkürliche Vorschützen dienstlicher Erfordernisse bedeutet eine offensichtliche Überschreitung der statusbedingten Grenzen des Grundrechts der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. I GG¹.

der Befehl eines neugierigen Vorgesetzten, den Brief einer Bekannten oder eines Verwandten vorzuzeigen;

Aus den Pflichten des Soldatengesetzes läßt sich eine derartige Beschränkung des Briefgeheimnisses nicht ableiten; die Mißachtung der statusbedingten Grenzen ist daher evident.

der Befehl an einen nicht kasernenpflichtigen, verheirateten Unteroffizier, einen auswärtigen Fachoffizier, der zur Durchführung eines Fachlehrgangs am Standort weilt, in seiner Wohnung nächtigen zu lassen, weil in der Kaserne keine Unterkunftsmöglichkeit bestehe.

Das Soldatengesetz enthält keine ausdrückliche Regelung über die Beschränkung des Grundrechts aus Art. 13 GG. Der Unteroffizier braucht daher - wie jeder andere Staatsbürger auch - nur Beschränkungen im Rahmen des Art. 13 Abs. III GG hinzunehmen. Da die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. III GG keinesfalls gegeben waren, überschritt der Befehl offensichtlich die Grenzen der statusrechtlichen Inpflichtnahme des Soldaten.

¹ vgl. Scherer, SG, Anm. II 2 zu § 6, der diesen Befehl als "rechtswidrig" bezeichnet.

§ 10 Befehle, die wegen grundlegender Veränderung
der Sachlage sinnwidrig geworden sind

Militärische Befehle werden, vor allem in Kriegszeiten, unter Zugrundelegung einer bestimmten Sachlage erteilt, unter der ihre Ausführung sinnvoll erscheint. Ändert sich aber die bei der Befehlserteilung zugrunde gelegte Sachlage dergestalt, daß die Ausführung des Befehls nunmehr sinnwidrig wäre oder durch die Ausführung eigene militärische Interessen eklatant bedroht würden, dann ist diesem Befehl die sachliche Basis entzogen, die Nichtbefolgung dieses Befehls kann nicht unter Strafdrohung gestellt werden.

Im Ergebnis war diese Folgerung in der früheren Rechtsprechung und der Literatur zu § 92 MStGB nicht bestritten und kann auch unter der Geltung des Soldatengesetzes und des Wehrstrafgesetzes als allgemeine Auffassung¹ bezeichnet werden. Die rechtlichen Konstruktionen zur Begründung dieses Ergebnisses waren jedoch früher und sind heute noch divergierender Art.

Die Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts² erreichte die Straffreiheit des Untergebenen, der auf Grund der veränderten Sachlage den Befehl nicht befolgte, dadurch, daß es annahm, in diesen Fällen entfalle der Vorsatz zum Ungehorsam; seit altersher sei nämlich nach "militärdienstlichem Grundsatz" der Untergebene dann zur

¹so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 30 zu § 2, Arndt in GA 1957, S. 52 und Grundriß, S. 194, Schreiber, Recht, S. 86, derselbe, Befehlsbefugnis, S. 39, Scherrer, SG, Anm. I 2 c zu § 11, Jescheck, Befehl, S. 84, Fußn. 46, Schwaiger aaO, S. 190 ff.

²RMG 10, 163; 17, 147.

Nichtbefolgung des erhaltenen Befehls berechtigt und verpflichtet, "wenn er nach sorgfältiger Prüfung die Überzeugung gewinnt, daß die Verhältnisse, unter denen ein Befehl gegeben, sich so verändert haben, daß der erteilte Befehl nicht mehr paßt und im Interesse der Sache nicht mehr ausgeführt werden darf ..." ¹. Das Reichsmilitärgericht wich aber einer klaren Stellungnahme zur Frage der Verbindlichkeit des sinnwidrig gewordenen Befehls aus. Zudem wirkte der Rückgriff auf "militärdienstliche Grundsätze" und das Abstellen auf die innere Einstellung des Untergebenen nicht gerade dogmatisch überzeugend.

Schwinge ² sah die Nichtbefolgung eines Befehls wegen grundlegender Veränderung der Verhältnisse unter dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstandes als gerechtfertigt an. Diese Auffassung setzt aber eine echte Interessen- bzw. Pflichtenkollision voraus; es ist jedoch zweifelhaft, ob eine solche Interessenkollision oder ein Widerstreit rechtlich beachtlicher Pflichten in Wahrheit vorliegt. Zumindest unter der Geltung des Soldatengesetzes kann diese Ansicht nicht mehr vertreten werden. § 11 Abs. I S. 2 SG erfordert nämlich die "gewissenhafte" Ausführung der Befehle; in dem Postulat nach gewissenhafter Ausführung ist das Gebot zu "sinnvollem Handeln" ³ begründet. Mit dieser Forderung nach sinnvollem Handeln ist aber die Ausführung der durch grundlegende Veränderung der Sachlage sinnwidrig

¹RMG 10, 163.

²Schwinge, MStGB, Anm. V zu § 92 und Anm. I 4 vor § 48.

³so Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 39, vgl. Scherer, SG, Anm. I 2 c zu § 11.

gewordenen Befehle nicht vereinbar; der Befehl verliert seine verbindliche Kraft. Eine echte Pflichtenkollision liegt daher in diesen Fällen nicht vor¹.

Die in neuerer Zeit von Arndt² vertretene Auffassung, daß der Untergebene bei einer der Befehlserteilung zeitlich nachfolgenden Veränderung der Sachlage "damit rechnen darf, daß der Vorgesetzte mit einer Nichtbefolgung des Befehls einverstanden ist und ihm sozusagen zurückgenommen hat", ist nicht geeignet, für den Untergebenen klare Verhältnisse zu schaffen. Diese Meinung berührt nämlich die Frage der rechtfertigenden, vermutlichen Einwilligung oder der vermutlichen Rücknahme des Befehls durch den Vorgesetzten. Die Konstruktion der Abhängigkeit der Verbindlichkeit des Befehls und damit des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit des Ungehorsams von der inneren, für die Untergebenen nicht immer erkennbaren Einstellung und Motivation des Vorgesetzten ist jedoch wenig glücklich gewählt. Derartige Fälle der mutmaßlichen Einwilligung oder Rücknahme können zwar tatsächlich vorliegen, sie sind aber mit Sicherheit nicht immer gegeben.

Daher empfiehlt es sich, die grundlegende Veränderung der Sachlage als eigenen Unverbindlichkeitsgrund anzuerkennen³. In Anlehnung an den im bürgerlichen Recht bereits anerkannten Grundgedanken der "clausula rebus sic stantibus" hatte schon Heckel⁴ den Standpunkt ver-

¹so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 30 zu § 2.

²Arndt in GA 1957, S. 52, derselbe, Grundriß, S. 194.

³so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 30 zu § 2, Schwaiger aaO, S. 191.

⁴Heckel, Wehrverfassung, S. 366.

treten, daß bei einer tiefgreifenden Veränderung der bei der Befehlserteilung zugrunde gelegten Sachlage der dadurch sinnlos gewordene Befehl unverbindlich sei. Die Verbindlichkeit eines militärischen Befehls steht deshalb unter dem Vorbehalt der Nichtveränderung der bei der Erteilung berücksichtigten Sachlage.

Allerdings gebietet es die Pflicht zur Gewissenhaftigkeit in der Befehlsausführung (s. § 11 Abs. I S. 2 SG), daß der Untergebene zunächst die Veränderung der Sachlage seinem Vorgesetzten meldet, um neue Befehle bittet oder gegebenenfalls eigene Vorschläge unterbreitet¹. Nur dann, wenn ein unverzügliches Handeln erforderlich ist, um Gefahren für die eigene Truppe abzuwenden oder wenn die geographische Lage oder die Fernmeldemittel eine Meldung oder Rückfrage nicht zulassen, kann der Untergebene selbständig von der Ausführung des Befehls absehen²; der Befehl in seiner ursprünglichen Zielsetzung ist unverbindlich geworden, der Untergebene braucht diesen nicht zu befolgen. Die konkrete, veränderte Situation kann aber auch dazu führen, daß der Untergebene den sinnlos gewordenen Befehl nicht mehr befolgen darf, etwa wenn er bei Befolgung des Befehls das Leben eigener Truppen gefährden und sich dadurch der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung aussetzen würde³. Systematisch ge-

¹Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 39, Scherer, SG, Anm. I 2 c zu § 11.

²insoweit richtig RMG 10, 163; vgl. auch Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 39, Scherer, SG, Anm. I 2 c zu § 11.

³so auch RMG 10, 163; 17, 147; ebenso Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 30 zu § 2.

hören solche Befehle zur Gruppe jener Befehle, die nicht befolgt werden dürfen, aber um des Sachzusammenhangs willen wurde diese Fallage hier erörtert.

Unverbindlich sind z. B. folgende Befehle:

der Befehl, um 10 Uhr das vom Feind besetzte Dorf zu beschießen; um 10 Uhr ist aber der Feind bereits abgezogen, das Dorf ist leer.

der Befehl, eine Verteidigungsanlage zu einer bestimmten Zeit zu zerstören, weil der Rückzug befohlen wurde oder - zur Sicherung des befohlenen Rückzugs - zu einer bestimmten Zeit eine Brücke zu sprengen; zur Zeit der Befehlsausführung stellt sich heraus, daß wegen eines erfolgreichen Gegenstoßes eigener Truppen der Rückzug abgeblasen worden ist.

der Befehl, um 16 Uhr ein vom Feind besetztes Dorf mit Artillerie zu beschießen; zur angegebenen Zeit ist das fragliche Dorf bereits wieder von eigenen Truppen erobert und besetzt worden¹.

In diesem Fall ist der betreffende Untergebene sogar verpflichtet, den Befehl nicht auszuführen, weil er sonst vorsätzlich oder zumindest fahrlässig das Leben eigener Truppen aufs Spiel setzen würde und dadurch der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt wäre.

¹ Beispiel bei Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 30 zu § 2.

§ 11 Befehle, die sich nach Inhalt, Umfang und Zweck mit einem gesetzlichen Verbot decken (gegenstandslose Befehle)?

- I. Die frühere Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts¹ zog anscheinend die Unverbindlichkeit eines Befehls, der eine gesetzlich verbotene Handlung nochmals ausdrücklich untersagte, nicht in Zweifel; nach der Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts konnte "eine gesetzlich verbotene Handlung nicht noch unter die besondere Strafbestimmung des § 92 MStGB", der militärstrafrechtlichen Bestimmung über den Ungehorsam, gestellt werden².

Auch das Reichsgericht schloß sich in seiner Entscheidung vom 21. 7. 1936³ grundsätzlich dieser Auffassung an, brachte aber eine Einschränkung darin zum Ausdruck, daß es die Gültigkeit des vom Reichsmilitärgericht aufgestellten Grundsatzes verneinte, wenn "sich die verschiedenen Normen nicht decken"⁴, wenn also keine vollinhaltliche Deckung zwischen dem Befehlsinhalt und dem Gegenstand der Strafnorm bestand. In einer späteren Entscheidung meldete auch das Reichsmilitärgericht⁵ Zweifel⁶ an der Allgemeingültigkeit des früher aufgestellten Grund-

¹RMG 8, 39.

²RMG 8, 39/40.

³RG in ZWehrR Bd. I (1936), S. 317.

⁴RG in ZWehrR Bd. I (1936), S. 317.

⁵RMG 14, 114.

⁶Das Reichsmilitärgericht warf die Frage auf, ob der von RMG 8, 39 aufgestellte Grundsatz "so allgemein und ausnahmslos, wie aufgestellt, tatsächlich verstanden" werden müsse.

satzes an. Jedoch erst das Reichskriegsgericht wich in seinen Entscheidungen¹ deutlich von dieser Auffassung ab und erklärte, daß sich die Frage der Unverbindlichkeit eines Befehls, der sich mit einer strafgesetzlichen Verbotsnorm decke, nicht abstrakt lösen lasse. Nur wenn Befehl und Strafnorm nach ihrem Inhalt und Zweck voll übereinstimmten und militärische Interessen nicht entgegenständen, wäre der entsprechende Befehl unverbindlich².

In der Literatur zum geltenden Wehrrecht wird lediglich die lapidare Feststellung getroffen, daß Befehle gegenstandslos und aus diesem Grunde unverbindlich sind, wenn sie sich "nach Inhalt, Umfang und Zweck mit einem gesetzlichen Verbot" decken³ oder wenn sie "gesetzliche Verbote wörtlich" wiedergeben⁴. Ein Verstoß gegen die in Befehlsform gekleideten gesetzlichen Verbote könne demnach nicht noch zusätzlich als Ungehorsam geahndet werden. Eine nähere Begründung dieser Feststellung wird aber nicht unternommen.

¹RKG 1, 84, 149 und 162.

²so auch Meier-Brannecke, "Gesetzlich verboten und doch auch Ungehorsam", in ZWehrR Bd. II (1937), S. 381 ff, Hodes, "Ungehorsam, Zweifelsfragen zu § 92 MStGB" in ZWehrR Bd. II (1937), S. 486 f; vgl. auch Schwinge, MStGB, Anm. VII zu § 92.

³Arndt, Grundriß, S. 186, s. auch Rittau, WStG, Anm. 3 zu § 19.

⁴v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 92.

II. Diese in der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen gehen von der Annahme aus, daß ein Befehl dann gegenstandslos und unverbindlich ist, wenn nach Inhalt und Umfang volle Deckung mit einem gesetzlichen Verbot oder Gebot bestehe und neben der gesetzlichen nicht auch eine besondere militärische Zweckbestimmung trete. Eine volle Deckung nach Inhalt, Umfang und Zweck sei z. B. gegeben bei einem Befehl des Zugführers an seinen Fahrer, sich gemäß den Vorschriften der StVO an die Geschwindigkeitsbeschränkung innerhalb geschlossener Ortschaften zu halten¹. Verstoße der untergebene Fahrer gegen dieses nochmals in Befehlsform gekleidete Verbot, dann könne er nur nach den Vorschriften der StVO wegen einer Ordnungswidrigkeit (s. § 9 Abs. IV Ziff. 1 StVO) belangt, aber nicht noch zusätzlich wegen Ungehorsams bestraft werden; dieser Befehl sei wegen seiner vollinhaltlichen Übereinstimmung mit der entsprechenden Norm der StVO gegenstandslos und unverbindlich.

Diese Auffassungen lassen aber außer Betracht, daß auch bei einer völligen Übereinstimmung zwischen dem Befehlsinhalt und einem gesetzlichen Verbot auf Grund der Besonderheiten des militärischen Statusverhältnisses immer auch zusätzlich militärische

¹ vgl. auch hierzu das bei Arndt, Grundriß, S. 186 angeführte Beispiel.

Intentionen verfolgt werden. Der befehlende Vorgesetzte ist auf Grund seiner in dem besonderen Gewaltverhältnis wurzelnden Aufsichtspflicht gegenüber dem Untergebenen gehalten, mögliche Verletzungen der Rechtsordnung durch den Untergebenen zu verhindern. Die Absicht, den Bruch der zum Schutz der Sicherheit Dritter aufgestellten Rechtsnormen zu verhüten, dient auch der Verwirklichung der soldatischen Pflicht, das Ansehen der Bundeswehr in der Öffentlichkeit zu wahren. Der Vorgesetzte ist zudem durchaus daran interessiert, seine eigene Verantwortlichkeit für die Verletzung seiner dienstlichen Notwendigkeiten, vor allem der Aufsichts- und Sorgfaltspflicht, zu vermeiden. Neben diese Intentionen tritt auch ein fiskalisches militärisches Interesse insofern, als der befehlende Vorgesetzte bemüht ist, eventuelle Schadensersatzansprüche gegenüber seinem Dienstherrn, der Bundesrepublik Deutschland, abzuwenden - der in Befehlsform gekleidete Hinweis auf ein, dem Untergebenen womöglich unbekanntes, gesetzliches Verbot erleichtert aber gerade die Verfolgung dieser militärischen Notwendigkeit.

Es läßt sich daher nicht leugnen, daß in den Fällen, in denen Vorgesetzte gesetzliche Verbote in einem Befehl wörtlich wiederholen, wohl stets besondere militärische Interessen hinzutreten, die es rechtfertigen, die Nichtbefolgung dieses Verbots als Verstoß gegen die entsprechende Rechtsnorm wie auch als militärischen Ungehorsam zu ahnden.

Es bleibt demnach als Ergebnis festzustellen, daß auch jene Befehle verbindlich sind, die sich nach Inhalt und Umfang völlig mit einem gesetzlichen Verbot oder Gebot decken, weil auch in diesen Fällen der Befehl neben der gesetzlichen noch eine besondere militärische Zweckbestimmung besitzt.

§ 12 Befehle, die einen offensichtlichen Verstoß
gegen die Rechtsordnung beinhalten?

Noch vor der Erörterung der üblichen Fälle der Unverbindlichkeit behandelt Jescheck¹ den Fall des "schlecht-hin" unverbindlichen Befehls; diese Kategorie unverbindlicher Befehle soll nach Jescheck dann gegeben sein, wenn die "Rechtsordnung offensichtlich" verletzt werde, da in diesen Fällen die inhaltliche Richtigkeit der Befehle nicht mehr angenommen werden könne, daher die Vermutung der Rechtmäßigkeit entfalle. Als Beispiele führt Jescheck² den Befehl zur Tötung von Kriegsgefangenen beim Rückzug oder den Befehl an, der nächsten Bundestagswahl fernzubleiben.

Diese Konstruktion der Unverbindlichkeit eines militärischen Befehls gründet sich auf eine vielzu allgemein formulierte Basis. Besser empfiehlt es sich, den offensichtlich verletzten konkreten Teilbereich der Rechtsordnung zur Argumentation heranzuziehen. So wäre bei den von Jescheck erwähnten Beispielen der Befehl zur Tötung von Kriegsgefangenen wegen Verletzung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts unverbindlich³, während dem Befehl, der nächsten Bundestagswahl fernzubleiben, wegen offensichtlicher Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes⁴ keine verbindliche Wirkung innewohnen kann. Befehle

¹Jescheck, Befehl, S. 78.

²Jescheck, Befehl, S. 78.

³oben S. 53.

⁴oben S. 93.

dieser von Jescheck gekennzeichneten Art lassen sich daher immer in das dieser Arbeit zugrunde liegende System der Fälle der Unverbindlichkeit von militärischen Befehlen einordnen. Damit entfällt aber auch die Notwendigkeit der Konstruktion dieser von Jescheck angeführten Kategorie von unverbindlichen Befehlen.

§ 13 Befehle, die wegen des Vorliegens eines übergesetzlich-rechtfertigenden Notstandes unverbindlich sind?

Schwaiger¹ sieht in dem übergesetzlich-rechtfertigenden Notstand einen selbständigen Grund der Unverbindlichkeit eines Befehls. Als Beispiel führt Schwaiger folgenden Fall an:

Der Wachposten, der in einem abgelegenen Waldstück den Eingang zu einem Munitionsdepot zu bewachen hat, eilt einer Frau zu Hilfe, die in einem nahen Gebüsch das Opfer eines Sittlichkeitsverbrechens zu werden droht.

Hier liegt eine Kollision zweier widerstreitender Pflichten, der Gehorsamspflicht und der Pflicht zur Hilfeleistung (§ 330 c StGB), vor, die nach den für den übergesetzlich-rechtfertigenden Notstand entwickelten Grundsätzen der Pflichtenabwägung zu entscheiden ist².

Schwaiger betrachtet nun den Befehl an den Wachposten, den Eingang nicht zu verlassen, wegen des Vorliegens dieses übergesetzlich-rechtfertigenden Notstandes als

¹Schwaiger aaO, S. 195 ff, allerdings - s. S. 197, FuBn. 358 - unter unzutreffender Berufung auf Dreher-Lackner-Schwalm.

²so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 24 zu § 44.

unverbindlich.

Es besteht die allgemeine Meinung¹, daß auch im Wehrstrafrecht die Rechtfertigungsgründe nach allgemeinem Strafrecht, u. a. der übergesetzlich-rechtfertigende Notstand Geltung besitzen. Dies bedeutet, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des übergesetzlich-rechtfertigenden Notstandes das Nichtbefolgen eines verbindlichen Befehls, der tatbestandsmäßig gegebene Ungehorsam gerechtfertigt sein kann. Es ist aber nicht einzusehen, warum dieser allgemeine Rechtfertigungsgrund dem besonderen Rechtfertigungsgrund der Unverbindlichkeit des Befehls zugeordnet werden soll. Der Gedanke der Pflichtenabwägung verlangt zunächst ein subjektives Rechtfertigungselement, das pflichtgemäße Abwägen². Gerade dieses subjektive Element ist aber nicht Voraussetzung für die Unverbindlichkeit eines Befehls³. Der dem übergesetzlich-rechtfertigenden Notstand zugrunde liegende Gedanke der Pflichtenabwägung setzt außerdem erst bei der Kollision zweier rechtlich existenter Pflichten ein. Es muß also ein verbindlicher Befehl vorhanden sein, der eine Gehorsamspflicht nach § 11 Abs. I S. 1 SG auslöst, welche wiederum mit einer anderen Pflicht in Widerstreit geraten kann. Mit der Tatsache des Vorliegens einer Pflichtenkollision zugleich die Unverbindlichkeit des Befehls begründen, würde aber bedeuten, daß ein zunächst verbindlicher Befehl nachfolgend unverbindlich würde, weil ein allgemeiner Recht-

¹Arndt, Grundriß, S. 83, Rittau, SG, Anm. 4 zu § 11, ders., WStG, Vorbem. 2 V vor §§ 19 - 21, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 15 zu § 2, Rdn. 24 zu § 44.

²RGSt 62, 137; BGHSt 1, 330; 2, 111; Arndt, Grundriß, S. 83.

³oben S. 26.

fertigungsgrund vorlag. Die Argumentation von Schwaiger, die auch für alle anderen allgemeinen Rechtfertigungsgründe gelten müßte, vermag daher nicht einzu-
leuchten; sie würde die im Wehrrecht vorhandene klare Trennung zwischen den Fällen der Unverbindlichkeit als besondere Rechtfertigungsgründe und den allgemeinen Rechtfertigungsgründen verwischen. Der Ungehorsam, das Nichtbefolgen eines verbindlichen Befehls kann durch allgemeine Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden; es besteht aber kein Bedürfnis, bei Vorliegen eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes bereits die Unverbindlichkeit eines Befehls anzunehmen.

§ 14 Unzumutbare Befehle?

Einige Autoren der wehrrechtlichen Literatur¹ sehen in der Unzumutbarkeit der Befolgung eines Befehls einen eigenen Grund der Unverbindlichkeit eines Befehls. Diese Autoren können ihre Ansicht auf die Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts² und des Reichskriegsgerichts³ stützen. Nach dieser Rechtsprechung entfiel die Pflicht zum Gehorsam dann, wenn der Befehl "ohne einen sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Grund so tief in das Rechtsgebiet des Untergebenen ... eingreift, daß dem Untergebenen bei Abwägung aller Gesichtspunkte nicht zugemutet (Unterstreichung durch

¹Schreiber in NZWehrR 1965, S. 9, Scherer, SG, Anm. II 2 zu § 11.

²RMG 19, 251; 22, 81.

³RKG 1, 180.

Verfasser) werden kann, den Befehl zu befolgen"¹. Der Begriff der Zumutbarkeit gehört aber dogmatisch zum Strafrecht und ist daher für die Prüfung der Verbindlichkeit eines Befehls als eines Aktes der außerstrafrechtlichen öffentlichen Gewalt kein geeignetes Kriterium. Da der Befehl als Äußerung hoheitlicher Gewalt zu verstehen ist, liegt es näher, bei der Klärung der Frage der Verbindlichkeit eines Befehls eine Parallele zu der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt zu ziehen². Zudem besteht auch kein Bedürfnis, die Unzumutbarkeit der Befolgung eines Befehls, etwa wegen unzumutbar tiefen Eingriffs in die Ehre, das Ansehen, die Gesundheit, das Leben oder die wirtschaftliche Existenz³, als selbständigen Grund der Unverbindlichkeit eines Befehls anzuerkennen; solche Befehle sind unter der Geltung der Grundrechte bereits wegen offensichtlicher Überschreitung der statusbedingten Grenzen der Grundrechte des Soldaten unverbindlich. Auch der Gesetzgeber hat diesen Lösungsweg angedeutet; der Bericht des Verteidigungsausschusses zu § 11 SG⁴ bekannte sich zwar zu der oben erwähnten Entscheidung des Reichskriegsgerichts⁵, die sich mit der Unzumutbarkeit der Befehlsausführung

¹RGK 1, 180.

²so auch Mann in DÖV 1960, S. 426 unter Berufung auf E. Schmidt in ZWehrR Bd. III, S. 527, ähnlich Lerche in Grundrechte Bd. IV 1, S. 504.

³vgl. RKG 1, 180, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 9.

⁴abgedr. bei Brandstetter, Handbuch, Bd. I Nr. 200, S. 19 ff.

⁵RGK 1, 177 ff.

beschäftigte, ließ aber erkennen, daß heute - unter der Geltung der Grundrechte - dieses Ergebnis mit der Verletzung von Grundrechten dogmatisch begründet werden könne. In den Fällen unzumutbarer Befehlsausführung seien "die menschlichen Grundrechte wichtiger als das rein mechanische Funktionieren eines Apparates"¹.

Es besteht daher kein Anlaß, die Unzumutbarkeit der Befolgung eines militärischen Befehls als eine gesonderte Kategorie der Unverbindlichkeit zu betrachten².

¹Bericht des Verteidigungsausschusses zu § 11 SG, abgedr. bei Brandstetter, Handbuch, Bd. I Nr. 200, S. 20.

²Gegen die Verwendung des Gedankens der Zumutbarkeit im Zusammenhang mit der Frage der Verbindlichkeit des Befehls hatte sich schon Schwinge, MStGB, Anm. II 2 b zu § 92 MStGB ausgesprochen.

3. Kapitel: Befehle, die nicht befolgt werden können (Unmöglichkeit des Gehorsams)

§ 15 Unmögliche Befehle

I. Der objektiv unmögliche Befehl

Nach § 11 Abs. I S. 2 SG hat der Soldat bei der Ausführung eines Befehls alles ihm nach seinen Kräften Mögliche zu unternehmen, um das durch die Befehlserteilung angestrebte Ziel zu erreichen. Die Gehorsamspflicht findet aber eine Grenze an der objektiven Unmöglichkeit der Ausführung, denn auch im Wehrrecht gilt der Satz: "ultra posse nemo obligatur"¹. Befehle, deren Ausführung objektiv unmöglich ist, sind daher unverbindlich².

Die frühere Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts³ hatte mit dem Begriff der "tatsächlichen Unmöglichkeit" keine klare Trennung zwischen objektiver Unmöglichkeit und lediglich subjektivem Unvermögen geschaffen, daher auch keine eindeutige Aussage zur Frage der Verbindlichkeit eines Befehls mit objektiv unmöglichem Inhalt gegeben. Das Reichsmilitärgericht hielt noch auf Seiten des Untergebenen den Versuch

¹so Schreiber in NZWehrR 1965, S. 8.

²so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 28 zu § 2, Arndt, Grundriß, S. 115, Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 38; ders., Recht, S. 85, Jescheck, Befehl, S. 84 Fußn. 46.

³RMG 7, 69; 14, 158; 18, 252; unklar heute noch Rittau, WStG, Anm. 3.II zu § 19.

einer Ausführung für erforderlich. Es wäre aber geradezu absurd, vom Untergebenen bei Befehlen mit objektiv unmöglichem Inhalt den Versuch einer Ausführung zu fordern.

Unverbindlich sind z. B. folgende Befehle:

der Befehl, eine in Wahrheit schon zerstörte Brücke zu sprengen¹;

der Befehl, mit einem Flugzeug zu starten, dessen Tragflächen - ohne Wissen des Befehlenden - abmontiert worden sind².

II. Der subjektiv unmögliche Befehl

Bei der Behandlung der Frage der Verbindlichkeit eines Befehls, der den Untergebenen zu einer im konkreten Einzelfall subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet, ist zunächst wieder von der Bestimmung des § 11 Abs. I S. 2 SG auszugehen. Danach ist der Soldat gehalten, den Befehl "nach besten Kräften" auszuführen. Aus der Formulierung "nach besten Kräften" ist die Pflicht des Untergebenen ableitbar, bei Befehlen mit subjektiv unmöglichem Inhalt zumindest den Versuch der Ausführung zu unternehmen³. Auch Rittau⁴ äußert sich in diesem Sinne, wenn er die Ansicht vertritt, die Unmöglichkeit (gemeint ist wohl die subjektive Unmöglichkeit) der Ausführung rechtfertige die Nichtbefolgung des Befehls

¹Beispiel bei Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 28 zu § 2.

²Beispiel bei Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 38.

³Scherer, SG, Anm. I 2 a zu § 11.

⁴Rittau, WStG, Anm. 3 II zu § 19.

nur, wenn der Untergebene die Ausführung des Befehls mindestens versucht habe. Zum gleichen Ergebnis gelangt Dreher¹, wenn er "befolgen" eines Befehls nicht mit "ausführen" gleichsetzt; ein Soldat befolge einen Befehl mit subjektiv unmöglichem Inhalt dann, wenn er den Versuch der Ausführung "nach besten Kräften" unternehme.

Das Reichsmilitärgericht² vertrat insoweit den gleichen Standpunkt. Die bloße Annahme des Untergebenen, seine Körperkräfte reichen zur Ausführung des Befehls nicht aus, berechtigen ihn nach der Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts noch nicht, den Befehl gänzlich unbefolgt zu lassen; er ist verpflichtet, zumindest die Ausführung zu versuchen. "Der tatsächlichen Unmöglichkeit schon ihre bloße Annahme auf Seiten des Untergebenen gleichzuachten, hieße den Gehorsam in dessen Belieben stellen"³.

Der Untergebene muß also dadurch seiner Gehorsamspflicht nachkommen, daß er die Ausführung des Befehls bis zur Grenze seiner Leistungsfähigkeit und seiner Möglichkeiten versucht. Erreicht er aber trotz Anspannung all seiner Kräfte das befohlene Ziel nicht, so liegt kein strafbarer Ungehorsam vor. Erhält er z. B. den Befehl, in einer Stunde einen Waggon zu entladen⁴ oder in einer Viertelstunde 1000 Schuß Artillerie-Munition zu verladen⁵, so muß er

¹in Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 19.

²RMG 14, 158; 18, 250.

³RMG 18, 252.

⁴Beispiel bei Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 38.

⁵Beispiel bei Schreiber, Recht, S. 85.

versuchen, in der angegebenen Zeit möglichst weit zu kommen. Scheitert er aber, so ist er nicht ungehorsam. Er hat jedoch bei lediglich teilweiser Ausführung die Pflicht, dem Vorgesetzten Meldung zu erstatten¹. Grundsätzlich gerät also in diesen Fällen die Gehorsamspflicht nicht in Wegfall; dementsprechend sind Befehle mit subjektiv unmöglichem Inhalt auch grundsätzlich nicht unverbindlich².

In Abweichung von diesem Grundsatz muß aber ein Befehl mit subjektiv unmöglichem Inhalt dann als unverbindlich betrachtet werden, wenn der Untergebene offensichtlich überfordert wird, wenn klar erkennbar ist, daß die Ausführung für den Untergebenen unter keinen Umständen - auch nicht teilweise - möglich ist³. Es wäre ein sinnloses Unterfangen, hier vom Untergebenen noch den Versuch einer Ausführung zu fordern; schon der bloße Versuch würde seine Leistungsfähigkeit übersteigen⁴.

Als Beispiele für Befehle, die wegen offensichtlicher Überforderung des Untergebenen unverbindlich sind, wären folgende Befehle anzuführen:

¹so Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 38, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 28 zu § 2, Rittau, WStG, Anm. 3 II zu § 19, vgl. auch RMG 7, 69; 14, 158; 18, 252.

²so auch Schreiber in NZWehrR 1965, S. 8, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 28 zu § 2.

³Scherer, SG, Anm. I 2 a zu § 11 und Schreiber in NZWehrR 1959, S. 97 und in NZWehrR 1965, S. 8.

⁴so schon RMG 18, 252.

der Befehl, einen Eisenbahngüterwagen allein hochzuheben¹;

der Befehl an einen schwächlichen Soldaten, eine Last von mehreren Zentnern alleine und ohne Hilfsmittel wegzuschaffen²;

der Befehl an einen Untergebenen, einen tonnenschweren Sattelschlepper zu steuern, obwohl er nicht einmal einen Kraftfahrzeugführerschein besitzt.

§ 16 Befehle, die anderen Befehlen inhaltlich widersprechen

I. Über die Frage der Verbindlichkeit von Befehlen mit konträrem Inhalt herrschte in der Rechtsprechung und der Literatur zu § 92 MStGB Einhelligkeit. Bei der Kollision zweier Befehle von verschiedenen Vorgesetzten hatte der Untergebene denjenigen Vorgesetzten, der den zeitlich letzten Befehl erteilt hatte, auf den Widerspruch zu einem früheren Befehl aufmerksam zu machen und sich dessen Entscheidung zu beugen; beide Befehle blieben aber verbindlich³. "Da er (der Untergebene) an sich zur Ausführung der sämtlichen ihm erteilten Befehle verpflichtet ist, kann er nur von einem dieser Vorgesetzten und, wenn der den letzten Befehl erteilende Vorgesetzte allein anwesend ist, nur von diesem von der Ausführung des

¹Beispiel bei Schreiber in NZWehrR 1965, S. 5.

²Beispiel bei Arndt, Grundriß, S. 115.

³so ständige Rspr. des RMG: RMG 4, 277; 6, 99; 7, 84; 8, 143; 12, 20; s. auch Schwinge, MStGB, Anm. II 1 d zu § 92; Romen-Rissom, Kommentar zum MStGB, 3. Aufl. 1918, Anm. 7 c zu § 92, Dams aaO, S. 54 f, Heckel, Wehrverfassung, S. 366 f.

einen oder anderen Befehls entbunden werden"¹. Führt der Untergebene den zweiten Befehl ohne mögliche Aufklärung des den zweiten Befehl erteilenden Vorgesetzten aus, so machte er sich wegen Ungehorsams gegenüber dem ersten Befehl strafbar². Wenn keine Möglichkeit zur Benachrichtigung des einen oder des anderen Vorgesetzten bestand, der Untergebene sich daher nach eigenem Ermessen für die Ausführung eines Befehls entschied, dann geschah dies auf seine eigene Verantwortung; er war jedoch unter Umständen für die Nichtausführung des anderen Befehls entschuldigt³.

Dieser unter der Geltung des Militärstrafgesetzbuches vertretenen Auffassung blieb aber zu Recht eine einhellige Anerkennung in der Literatur zum heutigen Wehrrecht versagt⁴. Diese Meinung traf keine klare Aussage für den Untergebenen für den Fall, daß keiner der Vorgesetzten erreichbar war, die die inhaltlich widersprechenden Befehle erteilt hatten; eine für den Untergebenen klare und eindeutige Regelung der Verhaltensweise für solche Konfliktsfälle ist aber im Interesse der prompten Befehlsausführung

¹RMG 12, 20.

²RMG 12, 18.

³Dams aaO, S. 55, Schwinge, MStGB, Anm. II 1 a zu § 92.

⁴ablehnend Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 29 zu § 2, ungenau noch Arndt, Grundriß, S. 186 und Rittau, WStG, Vorbem. 2 IV vor §§ 19 - 21, die sich zum Teil noch auf das RMG berufen; wie das RMG noch Schirmer, Befehl und Gehorsam, S. 18/19.

dringend erforderlich. Zudem brachte diese Auffassung den Untergebenen in die Zwangslage, zumindest objektiv Ungehorsam begehen zu müssen; ihm wurde die Verantwortung der Entscheidung aufgebürdet, und er trug das Risiko seiner Bestrafung, wenn bei eigener Ermessensentscheidung sein Verhalten nicht entschuldigt wurde. Der Untergebene als Befehlsempfänger wurde letztlich für die in der Vorge-setzensphäre entstandenen Fehler in der Befehlsgebung zur Rechenschaft gezogen.

II. In der Literatur zum geltenden Wehrrecht besteht - soweit auf dieses Problem überhaupt näher eingegangen wird - Einigkeit darin, daß nicht beide Befehle für den Untergebenen verbindlich sein können, da es in der Tat unmöglich sei, zwei sich inhaltlich widersprechende Befehle zu befolgen¹. Die Frage, welcher Befehl nun aber im einzelnen verbindlich sei, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet.

Eine Meinung², die sich auf die in der Truppe verankerte soldatische Tradition beruft, vertritt den Standpunkt, daß grundsätzlich der letzte Befehl verbindlich, der frühere, inhaltlich widersprechende

¹ so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 29 zu § 2, anscheinend auch Jescheck, Befehl, S. 84 Fußn. 46 und Schreiber in NZWehrR 1965, S. 10, da sie diese Frage bei der Unverbindlichkeit von Befehlen lösen.

² so Schröter im BTRrechtsausschuß 190. Sitzung, Prot. S. 9, grundsätzlich auch Dreher-Lackner-Schwalm, Rdn. 29 zu § 2, anscheinend auch Jescheck, Befehl, S. 84 Fußn. 46.

Befehl aber unverbindlich sei. Nach Schröter¹ herrsche in der Truppe die tief eingewurzelte Auffassung, daß der letzte Befehl "heilig" sei. Dreher² betont bei der Begründung dieser Auffassung noch, daß im Interesse der Klarheit und der Promptheit der Befehlsausführung für den Untergebenen in Konfliktsfällen eindeutig erkennbar sein müsse, welcher Befehl auszuführen sei.

Eine andere Auffassung³ hingegen stellt den Grundsatz auf, daß bei widersprechenden Befehlen stets dem Befehl des ranghöheren Vorgesetzten der Vorzug zu geben sei, ohne Rücksicht darauf, welcher Befehl der zeitlich frühere oder spätere sei. Diese Meinung kann für sich beanspruchen, der Durchsetzung der Intentionen höherer Stäbe und ranghöherer Vorgesetzter zu dienen, und geht von der richtigen Annahme aus, daß die Befehle höherer Vorgesetzter meist von größerer Sachkunde und Übersicht getragen sind.

Bei der Stellungnahme zu diesen Meinungen ist zunächst die Grundforderung aufzustellen, daß für den Untergebenen klare Befehlsverhältnisse geschaffen werden müssen; dem Untergebenen kann weder die Entscheidung darüber, welchen der inhaltlich conträren Befehle er auszuführen habe, aufgegeben noch das Risiko einer Verantwortung für diese Entscheidung

¹in Protokoll der 190. Sitzung des BTRrechtsausschusses, 2. Wahlperiode, S. 9.

²in Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 29 zu § 2.

³so Schafheutle vor dem BTRrechtsausschuß, 190. Sitzung, 2. Wahlperiode, Prot. S. 8/9.

aufgebürdet werden. Die zweite Auffassung ist hierbei nicht geeignet, für den Untergebenen klare Maßstäbe bei der Befolgung widersprechender Befehle aufzuzeigen. Nicht immer wird dem Untergebenen der frühere Befehl eines ranghöheren Vorgesetzten in seiner vollen inhaltlichen Tragweite in Erinnerung sein; Zweifel würden auftauchen, die zu einer unerwünschten Verzögerung in der Befehlsausführung führen könnten. Zudem bietet die zweite Auffassung für den Fall, daß zwei ranggleiche Vorgesetzte widersprechende Befehle erteilen, keine Lösung. Außerdem erscheint es aus Gründen der Aufrechterhaltung der Disziplin geboten, daß der Untergebene nicht gegenüber dem ihm näheren zweiten, wenn auch rangniederen Vorgesetzten den Gehorsam verweigert; die Gehorsamsverweigerung gegenüber dem zweiten, rangniederen Vorgesetzten führt wegen der Gefahr der Aufweichung der Disziplin anderer, diesen Vorfall beobachtenden Soldaten zu größeren Schäden als die Gehorsamsverweigerung gegenüber dem persönlich meist nicht anwesenden ranghöheren Vorgesetzten. Als weiteres Argument gegen die zweite Auffassung ist die Tatsache anzuführen, daß Befehle höherer Vorgesetzter in der Regel unter dem Vorbehalt der Änderung der Sachlage erteilt werden¹. Die Möglichkeit der zu berücksichtigenden Lageänderung verleiht aber den Befehlen des angesichts der konkreten, vorgefundenen Lage befehlenden rangniederen Vorgesetzten größeres Gewicht².

¹so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 29 zu § 2.

²so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 29 zu §. 2.

Der ersten Meinung begegnen solche Bedenken hingegen nicht. Die erste Meinung findet zudem ihre Bestätigung in der in der Truppe verankerten, traditionellen Auffassung¹. Aus diesen Gründen verdient grundsätzlich die erste Meinung bevorzugte Anerkennung; der Untergebene hat bei Kollision zweier Befehle ohne Rücksicht auf den Rang der befehlenden Vorgesetzten dann, wenn keiner der Vorgesetzten erreichbar ist, nur den letzten Befehl zu befolgen. Der frühere, inhaltlich widersprechende Befehl ist unverbindlich.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat nur dann zu gelten, wenn der Befehl des höheren Vorgesetzten erkennbar keinerlei Durchbrechung duldet und ohne jede Einschränkung für jede Befehlssituation gelten soll, z. B. der Befehl, daß Flüsse bei Übungen keinesfalls durchschritten werden dürfen². Erteilt ein rangniederer Vorgesetzter anlässlich einer Übung dennoch den Befehl, einen Fluß zu durchwaten, dann ist dieser letzte Befehl unverbindlich. Grundsätzlich aber ist bei einem Widerstreit zweier Befehle nur der frühere, inhaltlich widersprechende Befehl unverbindlich. Dieses Ergebnis besitzt jedoch nur dann Geltung, wenn beide Vorgesetzte nicht erreichbar sind. Besteht die Möglichkeit, einen oder beide Vorgesetzte zu erreichen, dann tritt hinsichtlich der Verbindlichkeit der widersprechenden Befehle ein "Schwebezustand" ein³.

¹Schröter in Protokoll der 190. Sitzung des BTRechtsausschusses, 2. Wahlperiode, S. 9.

²so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 29 zu § 2.

³Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 29 zu § 2.

Können beide Vorgesetzte verständigt werden, so hat der Untergebene den Befehlsgeber des letzten Befehls auf den aufgetretenen Widerspruch zu einem früher erhaltenen Befehl aufmerksam zu machen, weil für die Sachgemäßheit des letzten Befehls eine größere Vermutung spricht¹. Der zweite Vorgesetzte entscheidet dann in eigener Verantwortung darüber, welcher Befehl verbindlich ist; der andere Befehl wird nunmehr endgültig unverbindlich.

Ist nur jeweils einer der beiden Vorgesetzten erreichbar, so entscheidet dieser erreichbare Vorgesetzte über die Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit der widersprechenden Befehle².

In der Literatur nicht erwähnt ist der Fall, daß ein Vorgesetzter zeitlich aufeinanderfolgend zwei sich widersprechende Befehle erteilt. Da hier aber die Konfliktslage des Untergebenen der Konfliktslage bei der Kollision von Befehlen verschiedener Vorgesetzter ähnelt, muß in Anwendung der oben angeführten Überlegungen das gleiche Ergebnis gefunden werden; der Untergebene hat, da eine Kollision zu einem höheren Befehl nicht vorliegen kann, grundsätzlich den letzten Befehl zu befolgen, wenn der Vorgesetzte nicht erreichbar ist. Kann aber der Vorgesetzte noch erreicht werden, dann hat ihn der Untergebene auf den Widerspruch zu einem früheren Befehl hinzuweisen und sich dessen Entscheidung zu beugen.

¹ so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 29 zu § 2, Schwaiger aaO, S. 189.

² so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 29 zu § 2, Schwaiger aaO, S. 189/190, ähnlich wohl auch Arndt, Grundriß, S. 186.

3. Teil: Verbindliche, aber rechtswidrige Befehle

Das Befehlsrecht des geltenden Wehrrechts ist gekennzeichnet von der Besonderheit des sich nicht mit der Rechtmäßigkeit deckenden Begriffs der Verbindlichkeit des Befehls¹. Nach der Behandlung der Fälle der Unverbindlichkeit militärischer Befehle taucht nun aber die Frage auf, welchen Einfluß die bloße Rechtswidrigkeit eines Befehls auf dessen Rechtsbeständigkeit nimmt. Unter rechtswidrigen Befehlen sind dabei solche Befehle zu verstehen, deren Erteilung, Inhalt oder Ausführung gegen die Rechtsordnung verstößt².

§ 17 Die Möglichkeit der rechtlichen Konstruktion verbindlicher, aber rechtswidriger Befehle

I. Die Frage des Abhängigkeitsverhältnisses von Verbindlichkeit und Rechtmäßigkeit eines militärischen Befehls war in der Literatur zum früheren Militärstrafgesetzbuch höchst umstritten. Der überwiegende Teil der Literatur³ anerkannte die Möglichkeit der rechtlichen Existenz verbindlicher, aber zugleich

¹Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 12, 22 zu § 2.

²Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 2.

³so v. Ammon aaO, S. 47/48, v. Frank, StGB, S. 143, v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 24. Aufl., 1922, S. 210, H. Mayer aaO, S. 607, Ramm aaO, S. 401, E. Schmidt, Militärstrafrecht, S. 5, Battenberg aaO, S. 2 ff, v. Calker aaO, S. 113, Girginoff aaO, S. 35 ff, Schwinge, MStGB, Anm. II zu § 47, Anm. II 2 b/c zu § 92.

rechtswidriger Befehle. Zur Begründung dieses doch an sich widerspruchsvollen Gebildes wurde teilweise aus dem Wortlaut des § 47 Abs. I Ziff. 2 MStGB argumentiert, wonach der Untergebene solange zum Gehorsam auch gegenüber strafrechtswidrigen Befehlen verpflichtet sei, bis ihm bekannt werde, daß der Vorgesetzte mit der Erteilung des Befehls die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bezwecke¹.

Man versuchte auch, das Ergebnis auf die besondere Bedeutung der Disziplin im Wehrrecht, "wo alles auf Befehl und Gehorsam beruht"², zu stützen; zur Erhaltung der Schlagkraft des Heeres und im Interesse der Forderung nach prompter Befehlsausführung sollte das kleinere Übel der nicht erheblichen Normverletzung in Kauf genommen werden.

Weiterhin wurde der Hinweis auf die Vermutung der Rechtmäßigkeit staatlicher Akte im hoheitlichen Bereich zur dogmatischen Untermauerung dieser Ansicht herangezogen³. Staatshoheitsakte seien innerhalb der Vermutung der Rechtmäßigkeit "noch als rechtmäßig anzusehen, wo sie an sich nicht rechtmäßig sind"⁴.

¹ v. Ammon aaO, S. 48, Dolaptschieff aaO, S. 247, H. Mayer, aaO, S. 606.

² so Schwinge, MStGB, Anm. II zu § 47, vgl. E. Schmidt, Militärstrafrecht, S. 58, v. Ammon aaO, S. 48.

³ Schwinge, MStGB, Anm. II zu § 47 unter Bezugnahme auf Otto Mayer.

⁴ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1. Aufl., Leipzig 1895, S. 360.

Die Rechtsprechung zum früheren Militärstrafgesetzbuch nahm zu dieser Streitfrage recht unterschiedlich Stellung. Das Reichsmilitärgericht¹ hat wiederholt den Grundsatz aufgestellt, daß objektive Voraussetzung der Verbindlichkeit eines Befehls dessen Rechtmäßigkeit sei. Das Reichskriegsgericht² hingegen hat in dieser Frage den gegenteiligen Standpunkt eingenommen. Es entschied, daß Verbindlichkeit und Rechtmäßigkeit eines Befehls nicht voneinander abhängig sind, also auch rechtswidrige Befehle verbindlich sein können.

Gegen die in der Literatur vorherrschenden, zuletzt auch in der Rechtsprechung vertretenen Meinung haben sich vor allem M. E. Mayer³ und Graf zu Dohna⁴ mit Eindringlichkeit und Schärfe gewandt. Im Hinblick auf die zu wahrende "Einheit der Rechtsordnung"⁵ könne nicht zugleich etwas geboten werden, was auf der anderen Seite verboten werde⁶. Daher sei die Annahme eines "zugleich rechtswidrigen und verbindlichen Befehls" gänzlich unhaltbar, in dem Begriff des rechtswidrigen, aber verbindlichen Be-

¹RMG 14, 86; 20, 73; 22, 80; unter Berufung hierauf auch RGSt 59, 335.

²RKG 1, 177.

³M. E. Mayer aaO, S. 121.

⁴Graf zu Dohna aaO, S. 9.

⁵Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935, S. 53.

⁶Graf zu Dohna aaO, S. 9/10.

fehls liege ein unlösbarer, logischer Widerspruch¹. Aus diesen Überlegungen heraus wird der Schluß gezogen, daß der rechtswidrige Befehl unverbindlich sei; nur der rechtmäßige Befehl sei verbindlich.

Dieser auf logischen Erwägungen gegründeten Auffassung muß aber entgegengehalten werden, daß sie die Rechtswirklichkeit des militärischen Lebens, das sich mitunter den Sätzen der Logik entzieht und auf Wertentscheidungen abstellen muß, unbeachtet läßt² und daß sie, wie v. Frank³ zutreffend ausführt, auf eine Selbstüberhebung der Theorie über das Gesetz abziele.

II. In der Literatur zum geltenden Wehrrecht ist diese Frage nunmehr aber übereinstimmend beantwortet worden. Nach nahezu unbestrittener Meinung⁴ decken sich die Begriffe Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit nicht, auch rechtswidrige Befehle können demnach verbindlich sein. Anhaltspunkt für die Rechtswidrigkeit von Befehlen bildet im geltenden Wehrrecht § 10 Abs. IV SG. Rechtswidrig sind danach solche Befehle, deren Erteilung, Inhalt oder Aus-

¹M. E. Mayer aaO, S. 121.

²E. Schmidt, Militärstrafrecht, S. 56 ff (58).

³v. Frank aaO, S. 143.

⁴so Arndt, Grundriß, S. 114, Dreher in JZ 1957, S. 395, ders. in Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 12, 22 zu § 2, Schreiber in NZWehrR 1965, S. 3, ders., Recht, S. 87, ders., Befehlsbefugnis, S. 41, v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 91, Jescheck, Befehl, S. 77, 81, Fuhrmann aaO, S. 10, Schnorr, Gerhard in JuS 1963, S. 294, Stratenwerth, Verantwortung, S. 158 ff, 204, Scherer, SG, Anm. I 3 b/c zu § 11, Rittau, SG, Anm. 1 II zu § 11, v. Richthofen, WStG, Nr. 2, 3 zu § 22, E. Schmidt in JZ 1960, S. 189, Lackner in Lackner-Maassen, Vorbem. 4 vor § 51; a. A. nur Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, S. 316.

führung gegen die Regeln des Völkerrechts, die Gesetze oder gegen Dienstvorschriften verstößt. Der Vorgesetzte erteilt daher einen rechtswidrigen Befehl, wenn er die Regelung des § 10 Abs. IV SG mißachtet¹. Auch der Bundesdisziplinarhof (Wehrdienstsenat)² vertritt den Standpunkt der herrschenden Meinung, wenn er ausführt, daß ein Befehl rechtswidrig sein kann, "wenn er nämlich sonst gegen Gesetze verstößt oder Regeln des Völkerrechts oder Dienstvorschriften (§ 10 Abs. IV SG) oder wenn er den Untergebenen durch Überschreitung oder Mißbrauch dienstlicher Befugnisse verletzt (vgl. § 17 Abs. III WBO). Dadurch allein verliert der Befehl indessen noch nicht seine Verbindlichkeit".

Dieses Ergebnis wird vor allem darauf gestützt, daß der rechtswidrige Befehl nur ein Spezialfall eines fehlerhaften Staatsaktes sei, für dessen Wirksamkeit, d. h. dessen Verbindlichkeit die auf die Autorität des militärischen Vorgesetzten gegründete Vermutung der Rechtmäßigkeit spreche³.

Zum anderen kann aber auch aus der Regelung des § 11 Abs. II S. 1 SG und des § 22 Abs. I S. 1 WStG der Schluß ("argumentum e contrario") gezogen werden, daß der Befehl zur Begehung einer Übertretung oder einer Ordnungswidrigkeit, damit ein rechtswidriger Befehl verbindlich ist⁴.

¹ Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 2.

² BDH 4, 183 = BDH (Wehrdienstsenat) in NZWehrR 1959, S. 99.

³ auf die Vermutung der Rechtmäßigkeit stellen ab: Stratenwerth, Verantwortung, S. 165, 204, Jescheck, Befehl, S. 77/78, Rittau, SG, Anm. 1 II zu § 11, Scherer, SG, Anm. I 3 b zu § 11, v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 91.

⁴ so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 26 zu § 2, Schwaiger aaO, S. 1, Scherer, SG, Anm. I 3 c zu § 11.

Außerdem geht das Gesetz noch an anderer Stelle von der grundsätzlichen Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle aus; nach § 19 Abs. I S. 1 WBO ist ein rechtswidriger Befehl - nachträglich - aufzuheben, wenn hiergegen Beschwerde eingelegt worden ist¹. Einer - nachträglichen - Aufhebung bedürfte es aber nicht, wenn der Gesetzgeber den rechtswidrigen Befehl schon von Anfang an als unverbindlich betrachtet hätte, denn eine Aufhebung ist nur dann sinnvoll, wenn die bindende Wirkung des Befehls beseitigt werden soll.

Eine abweichende Meinung zu diesem Komplex vertritt lediglich Baumann², der unter Berufung auf M. E. Mayer grundsätzlich die Möglichkeit eines verbindlichen, zugleich aber rechtswidrigen Befehls leugnet: "Da die Bindung aber stets nur eine rechtliche Bindung sein kann, also eine Bindung, die von der Rechtsordnung verliehen ist, kann der bindende Befehl nicht rechtswidrig und umgekehrt der rechtswidrige Befehl nicht bindend sein". Nach der Ansicht Baumanns ist jeder rechtswidrige Befehl unverbindlich; demgemäß kritisiert Baumann auch die - seiner Ansicht nach - verfehlte Gesetzgebung in § 11 Abs. I S. 3, Abs. II S. 1 SG und § 22 Abs. I S. 1 WStG, da diese Bestimmungen nicht in allen Fällen der Rechtswidrigkeit die Bindungswirkung eines Befehls aberkennen.

Gegen diese Meinung können dieselben Argumente angeführt werden, die auch bei der Ablehnung der

¹so auch Dreher-Lackner-Schwalb, WStG, Rdn. 22 zu § 2, vgl. auch Scherer, SG, Anm. I 3 b zu § 11.

²Baumann, Strafrecht, Allgem. Teil, S. 316.

Ansicht M. E. Meyers gebraucht wurden. Außerdem verkennt diese Ansicht die für das Wehrrecht notwendige Forderung, daß bei Bagatellunrecht die Wahrung der Disziplin und der "Integrität der Befehlsverhältnisse" wichtiger sein muß als das Unterbleiben der anbefohlenen Handlung¹.

Dieser Standpunkt entspricht auch den Intentionen des Gesetzgebers, der "weder denkende Bajonette noch sklavischen Gehorsam"² für richtig hält, sondern eine Mittellösung anstrebt, nach der der Soldat nur bei schweren Verstößen gegen die Rechtsordnung eigenverantwortlich bleiben, ein darauf abzielender Befehl unverbindlich sein soll. Entsprechend der herrschenden Meinung ist daher von dem Grundsatz auszugehen, daß die Verbindlichkeit und die Rechtmäßigkeit eines Befehls nicht identisch sein müssen, daß deshalb auch rechtswidrige Befehle verbindlich sein können, solange sie sich innerhalb der Grenzen der Vermutung der Rechtmäßigkeit bewegen oder nicht einer der im vorhergehenden Abschnitt aufgezeigten Fälle der Unverbindlichkeit vorliegt. Der Untergebene hat diese Befehle auszuführen, die Verantwortung für die Ausführung trägt allein der Vorgesetzte, der den Befehl erteilt hat (§ 10 Abs. V SG). Das Nichtbefolgen solcher verbindlicher, aber rechtswidriger Befehle muß als Ungehorsam geahndet werden.

¹ so Mezger-Blei, Strafrecht, Allgem. Teil, S. 128, vgl. auch schon v. Ammon aaO, S. 47 ff.

² so der damalige Bundesminister v. Meerkatz in der 190. Sitzung des 2. Deutschen Bundestages bei der Begründung des Wehrstrafgesetzes, Prot. S. 10850 - 10853.

§ 18 Die verbindlichen, aber rechtswidrigen Befehle im einzelnen

I. Befehle, deren Befolgung den Tatbestand einer Übertretung oder Ordnungswidrigkeit verwirklicht

Befehle, bei denen die Ausführungshandlung als Übertretung oder Ordnungswidrigkeit zu qualifizieren ist, haben die Begehung eines normierten Unrechts zum Inhalt, verstoßen daher gegen die Rechtsordnung und sind deshalb rechtswidrig. Ihre Verbindlichkeit ergibt sich aber aus § 11 Abs. II S. 1 SG, § 22 Abs. I S. 1 WStG, wonach nur Befehle, die die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens fordern, unverbindlich sind. Der Schluß "argumentum e contrario" führt zur Annahme der Verbindlichkeit eines lediglich die Begehung von Bagatellunrecht (Übertretung, Ordnungswidrigkeit) fordern den Befehls. Die Verbindlichkeit solcher Befehle erfährt aber eine Einschränkung dadurch, daß nicht zugleich ein in § 11 Abs. I S. 3 SG bzw. in § 22 Abs. I S. 1 WStG genannter oder aus anderen Gründen sich ergebender Fall der Unverbindlichkeit vorliegen darf¹. Ist z. B. ein Befehl zur Begehung einer Übertretung zu nichtdienstlichen Zwecken erteilt, so ist er natürlich unverbindlich, z. B. der Befehl eines Vorgesetzten an einen Untergebenen, bei Ablauf der Polizeistunde die Gaststätte trotz Aufforderung des Wirts nicht zu verlassen, um gemeinsam weiterzechen zu können (Übertretung nach § 29 Nr. 6 Gaststättengesetz).

¹ Diese Einschränkung gilt für alle rechtswidrigen Befehle, im folgenden darf daher eine nochmalige Aufführung dieser Einschränkung unterbleiben.

Dagegen sind folgende Befehle verbindlich:

der Befehl, im Parkverbot zu parken, um ein Aufschließen der Kolonne zu ermöglichen (Ordnungswidrigkeit nach den §§ 24 StVG, 16 StVO)¹;

der Befehl, bei einer eiligen Kurierfahrt die zulässige Höchstgeschwindigkeit innerhalb geschlossener Ortschaften zu überschreiten (Ordnungswidrigkeit nach den §§ 24 StVG, 9 Abs. IV Ziff. 1 StVO);

der Befehl, während einer Nachtübung aus Tarnungsgründen mit dem Dienstfahrzeug unbeleuchtet zu fahren (Ordnungswidrigkeit nach den §§ 24 StVG, 23 StVO);

der Befehl zum Absprung an eine Fallschirmjägereinheit, auch wenn die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, daß einzelne Springer auf Wiesen oder bestellten Äckern aufkommen werden (Übertrötung nach § 368 Nr. 9 StGB)².

II. Befehle, die Normen des Privatrechts verletzen

Befehle, deren Befolgung ein ziviles Unrecht darstellt, sind zwar wegen Verstoßes gegen die - private - Rechtsordnung rechtswidrig, bleiben aber dennoch verbindlich³. Dieses Ergebnis ist ebenso aus § 11 Abs. II S. 1 SG und § 22 Abs. I S. 1 WStG abzuleiten, wonach die Unverbindlichkeit von Befehlen, die die Begehung von Unrecht zum Gegenstand haben, nur bei Verbrechen oder Vergehen eintritt. Befehle, die lediglich eine Besitzstörung (§ 858 BGB) oder eine Vermögensbeeinträchtigung außerhalb der vorsätzlichen Sachbeschädigung

¹ Die Voraussetzungen des § 48 StVO, der in dringenden Fällen hoheitlicher Aufgabenerfüllung auch für die Bundeswehr Sonderrechte schafft, sollen hier nicht vorliegen.

² Beispiel bei Jescheck, Befehl, S. 82.

³ so Arndt, in NZWehrR 1960, S. 151, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 26 zu § 2.

(§ 823 BGB) zum Inhalt haben, sind daher zwar rechtswidrig, aber verbindlich.

III. Befehle, die gegen Rechtsverordnungen, Gewohnheitsrecht oder Dienstvorschriften verstoßen

Rechtswidrig sind weiterhin Befehle, die gegen Rechtsverordnungen verstoßen, da unter "Gesetz" i. S. des § 10 IV SG auch Gesetze im materiellen Sinn zu verstehen sind¹. Da auch das Gewohnheitsrecht als Teil der Rechtsordnung zu betrachten ist², sind zudem jene Befehle rechtswidrig, die solches Gewohnheitsrecht verletzen³.

Aus der ausdrücklichen Aufnahme der Dienstvorschriften in § 10 Abs. IV SG muß weiterhin geschlossen werden, daß Befehle, die die Dienstvorschriften mißachten, als rechtswidrig anzusehen sind⁴. Die Rechtswidrigkeit dieser Befehle wäre nicht schon ohne weiteres aus den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts ableitbar, da Dienstvorschriften bloße Verwaltungsanordnungen mit lediglich internem Wirkungsbereich darstellen⁵.

Die aufgeführten Befehle sind trotz ihrer Rechtswidrigkeit verbindlich, wenn nicht zugleich einer der Fälle der Unverbindlichkeit vorliegt.

¹Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 2.

²Lehmann-Hübner, Allgem. Teil des BGB, S. 14.

³so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 2.

⁴so auch Arndt, Grundriß, S. 115, ders. in NZWehrR 1960, S. 151, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 2, BDH (Wehrdienstsenat) in NZWehrR 1959, S. 99.

⁵Forsthoff, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 132 ff (133).

Befehle, die lediglich gegen höhere Befehle verstoßen, sind hingegen nicht rechtswidrig¹, denn Befehle selbst sind nicht Bestandteil der Rechtsordnung. Diese Befehle sind rechtmäßig und in der Regel verbindlich, es sei denn, daß einer der Fälle gegeben ist, in denen der inhaltlich widersprechende höhere Befehl verbindlich, der Befehl des rangniederen Vorgesetzten aber unverbindlich ist².

IV. Befehle, die die Regeln des Völkerrechts mißachten

Als Folge der Inkorporierungswirkung des Art. 25 GG sind nur solche Befehle als unverbindlich zu bezeichnen, die gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts verstoßen, also völkerrechtliche Regeln mit genereller Geltung verletzen³. Partikuläres Völkerrecht oder bilaterales Völkervertragsrecht wird aber nicht von der Wirkung des Art. 25 GG erfaßt; die Verletzung von Regeln, die sich aus diesem Bereich des Völkerrechts ableiten lassen und vor allem auf dem Gebiet des Friedensvölkerrechts anzutreffen sind, kann daher nicht die Unverbindlichkeit eines Befehls infolge der Wirkung des Art. 25 GG nach sich ziehen.

¹so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 21 zu § 2, der von lediglich dienstlicher Mißbilligung spricht, and. Ansicht - aber ohne jede Begründung - Arndt, Grundriß, S. 115, ders. in NZWehrR 1960, S. 151.

²oben S. 153.

³oben S. 46 f.

Die Unverbindlichkeit eines Befehls, der völkerrechtliche Regeln ohne generelle Geltung verletzt, läßt sich auch nicht aus § 11 SG herleiten, es sei denn, der Verstoß gegen solche Regeln würde zugleich den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens erfüllen (s. § 11 Abs. II S. 1 SG), die Menschenwürde verletzen oder zu nichtdienstlichen Zwecken erteilt sein (s. § 11 Abs. I S. 3 SG). Die Tatsache der Hervorhebung der Pflicht des Vorgesetzten zur Beachtung von völkerrechtlichen Regeln in der Bestimmung des § 10 Abs. IV SG einerseits, der Nichtberücksichtigung der Verletzung solcher Regeln in den Bestimmungen der §§ 11 Abs. I S. 3, Abs. II S. 1 SG, 22 Abs. I S. 1 WStG andererseits, legt außerdem den Schluß nahe, daß nach dem Willen des Gesetzgebers der gegen die Regeln des Völkerrechts verstoßende Befehl zwar rechtswidrig, aber verbindlich sein soll. Liegt somit bei einer befohlenen völkerrechtswidrigen Handlung kein Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts i. S. des Art. 25 GG vor und ist auch kein anderer Unverbindlichkeitsgrund ersichtlich, dann ist gegenüber dieser Völkerrechtsverletzung die in § 11 Abs. I S. 1 SG statuierte Gehorsamspflicht vorrangig; der Befehl ist verbindlich, aber rechtswidrig¹.

¹so im Ergebnis auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 2, Arndt in GA 1957, S. 49, BDH 4, 183 (= NJW 1958, S. 1464).

V. Befehle, die unter nicht offensichtlicher Überschreitung der dienstlichen Befugnisse erteilt worden sind

Den Befehlen, die von Vorgesetzten mit sachlich beschränkter Befehlsbefugnis (Fachvorgesetzten, Vorgesetzten mit besonderem Aufgabenbereich oder auf Grund besonderer Anordnung) unter Überschreitung ihrer dienstlichen Befugnisse erteilt worden sind, wird nur dann die verbindliche Kraft abgesprochen, wenn die Überschreitung offensichtlich war¹. In den Fällen, in denen die Machtüberschreitung des Vorgesetzten nicht klar erkennbar oder zweifelhaft ist, bleiben die Befehle dieses Vorgesetzten verbindlich; sie sind aber rechtswidrig². Die Rechtswidrigkeit dieser Befehle wird in § 17 Abs. III S. 2 WBO deutlich zum Ausdruck gebracht.

VI. Sachlich fehlerhafte Befehle?

Nur diejenigen Befehle können als rechtswidrig bezeichnet werden, deren Inhalt, Erteilung oder Ausführung gegen die Rechtsordnung einschließlich der völkerrechtlichen Regeln oder gegen die Dienstvorschriften verstößt. Alle anderen Befehle, die weder einen solchen Verstoß beinhalten noch in eine der Kategorien der Unverbindlichkeit eingereiht werden können, sind verbindlich und rechtmäßig. Daher ist auch der lediglich sachlich fehlerhafte Be-

¹oben S. 65.

²so auch BDH (Wehrdienstsenat) in NJW 1958, S. 1464, Schirmer, Befehl und Gehorsam, S. 90.

fehl, z. B. der sachlich ungerechtfertigte oder unzumutbare Befehl, bis auf extreme Fälle ohne jeden Zweifel rechtmäßig und verbindlich¹; er ist nur sachlich, nicht aber rechtlich fehlerhaft.

Auch die irrtümliche Würdigung eines Sachverhalts seitens des Vorgesetzten macht den Befehl nur sachwidrig, nicht aber rechtswidrig². Verbindlich und rechtmäßig ist daher z. B. der Befehl, bei einer Disziplinwidrigkeit statt des wirklichen Täters versehentlich einen unschuldigen Untergebenen festzunehmen³. Weiterhin ist der Befehl zur Vollstreckung eines objektiv falschen, jedoch rechtskräftigen Urteils oder eines materiell unrichtigen, jedoch formell gültigen Gesetzes rechtmäßig und verbindlich⁴. Dies folgt aus der Tatsache, daß die Rechtsordnung gebietet, im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit alle staatlichen Akte, die eine förmliche Rechtswirkung entfalten, bis zu ihrer Aufhebung zu beachten⁵.

Das Nichtbefolgen von sachlich fehlerhaften, aber rechtmäßigen und verbindlichen Befehlen muß als Ungehorsam geahndet werden; das Vorliegen solcher Befehle kann aber bei der Strafzumessung eine Rolle spielen⁶.

¹ so Schreiber in NZWehrR 1965, S. 1, 3, Arndt, Grundriß, S. 114, 77, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 33 zu § 2; nur dann, wenn ein Befehl so hochgradig und offensichtlich unzumutbar ist, daß er in sich unvernünftig und völlig sinnlos erscheint, muß er als unverbindlich bezeichnet werden, so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 33 zu § 2.

² Arndt, Grundriß, S. 77.

³ so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 14 zu § 2, Arndt, Grundriß, S. 77.

⁴ Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 14 zu § 2.

⁵ Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 14 zu § 2.

⁶ Schreiber in NZWehrR 1965, S. 3.

4. Teil: Sanktionen des Nichtbefolgens eines verbindlichen Befehls

Die Ahndung des Ungehorsams setzt voraus, daß der Täter, der Untergebene einen verbindlichen Befehl nicht befolgt hat; bei Mißachtung eines unverbindlichen Befehls hingegen ist der Ungehorsam gerechtfertigt (s. § 22 Abs. I S. 1 WStG).

Die Frage der Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit eines militärischen Befehls ist bereits eingehend erörtert worden.

Der Untergebene befolgt einen Befehl, wenn er ihn entweder gänzlich ausführt oder ihm - entsprechend der Verpflichtung nach § 11 Abs. I S. 2 SG - dadurch Folge leistet, daß er zumindest versucht, "nach besten Kräften" den Befehlsinhalt zu verwirklichen¹. Unterläßt er die Ausführung der ihm durch Befehl gebotenen Handlung oder handelt er einem befehlsmäßigen Verbot zuwider, dann hat er den ihm erteilten Befehl nicht befolgt. Nur teilweises Befolgen eines Befehls ist dem Nichtbefolgen gleichzusetzen, wenn die gänzliche Ausführung möglich war². Ebenso kann nur zögerndes Befolgen dann als Nichtbefolgen qualifiziert werden, wenn unverzügliches Befolgen des Befehls gefordert war³.

¹ vgl. hierzu ausführlich Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 19, v. Richthofen, WStG, Erl. 3 zu § 19, Schreiber, Recht, S. 85, Arndt, Grundriß, S. 187.

² so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 19.

³ vgl. RMG 3, 237; 16, 241; RKG 1, 145; Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 19.

Nur ein schmaler psychologischer Grat trennt auch die energische Widerrede oder Gegenvorstellung von der Nichtbefolgung¹. Tritt in der Widerrede oder Gegenvorstellung der Wille zutage, bei Erfolglosigkeit der erhobenen Gegenvorstellungen den Befehl nicht auszuführen, ihm die Anerkennung zu versagen, dann liegt schon darin ein Ungehorsam².

Ist demnach eine der möglichen Variationen des Nichtbefolgens gegeben, und kann der erteilte Befehl in keine der Kategorien der Unverbindlichkeit eingestuft werden, dann handelt der Untergebene ungehorsam und rechtswidrig. Der rechtswidrige Ungehorsam wird im einfachen Fall als Dienstvergehen disziplinar geahndet, im qualifizierten Fall hingegen ist er den wehrstrafrechtlichen Sanktionen unterworfen, wird daher zur Straftat. Im folgenden soll zunächst wegen der besonderen, zusätzlichen Tatbestandsmerkmale die Straftat des qualifizierten Ungehorsams und erst nachfolgend das Dienstvergehen des einfachen Ungehorsams untersucht werden.

¹Heinz Neudeck, Zur Kriminologie des Wehrdienstes, in GA 1957, S. 350.

²Rittau, WStG, Anm. 3 IV zu § 19, ders., SG, S. 114, Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 40, Arndt, Grundriß, S. 187, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 19; so auch schon RMG 20, 270.

§ 19 Die wehrstrafrechtlichen Sanktionen des Ungehorsams (qualifizierter Ungehorsam)

Zur Straftat wird der Ungehorsam dadurch, daß entweder schwerwiegende Folgen eintreten (Erfolgsunrecht) oder daß die Verletzung der Gehorsamspflicht in besonders demonstrativer Form stattgefunden hat (Handlungsunrecht). Für die Vorschriften des Wehrstrafgesetzes, die die Ungehorsamsdelikte behandeln, ergibt sich daher eine Zweiteilung:

- die durch das Herbeiführen einer schwerwiegenden Folge hervorgehobenen Fälle sind in §§ 19, 21, 44, 45 WStG enthalten,
- die Fälle der Strafbarkeit des Ungehorsams wegen besonders demonstrativer, disziplinwidriger Art werden in §§ 20, 27, 28 WStG abgehandelt.

I. Ungehorsamsdelikte, die durch den Eintritt einer schwerwiegenden Folge gekennzeichnet sind

1. Der vorsätzliche Ungehorsam (§ 19 WStG)

a) objektiver Tatbestand

Der Untergebene muß einen Befehl im Sinne des § 2 Ziff. 2 WStG nicht befolgen. Die Bestimmung der Begriffe Befehl, Untergebener, Vorgesetzter sowie die Interpretierung des Begriffes "befolgen" sind, da sie Kriterien für alle Ungehorsamsdelikte bilden, bereits vorweg eingehend erörtert worden. Weitere

objektive Voraussetzung des Tatbestandes des § 19 Abs. I WStG ist aber die durch das Nichtbefolgen des Befehls kausal bedingte Herbeiführung einer schwerwiegenden Folge. Das Gesetz versteht unter schwerwiegender Folge "eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, die Schlagkraft der Truppe, Leib oder Leben eines Menschen oder Sachen von bedeutendem Wert, die dem Täter nicht gehören" (s. § 2 Ziff. 3 WStG). Es muß hierbei eine konkrete Gefährdung der in § 2 Ziff. 3 WStG bezeichneten Rechtsgüter eintreten¹, d. h. der Täter muß einen Zustand herbeiführen, "der nach menschlicher Erfahrung bei natürlicher Weiterentwicklung der Sachlage den Eintritt eines Schadens" an den in § 2 Ziff. 3 WStG geschützten Rechtsgütern als sicher oder höchst wahrscheinlich erscheinen läßt². Herbeiführen dieser Gefahr bedeutet Verursachung im Sinne der auch im Wehrstrafrecht anwendbaren Bedingungstheorie; das Verhalten des Täters, das Nichtbefolgen des verbindlichen Befehls, darf nicht hinweggedacht werden, ohne daß der Eintritt der schwerwiegenden Folge entfiel³.

¹ so Schwenck in NZWehrR 1962, S. 2, Arndt, Grundriß, S. 188, Jescheck, Befehl, S. 87, Fußn. 57, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 40, 41 zu § 2, v. Richthofen, WStG, Anm. 3 zu § 2, BayObLG in NJW 1959, S. 734.

² Arndt, Grundriß, S. 188 und Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 41 zu § 2.

³ so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 5 zu § 19, Schreiber, WStG, Anm. 3 zu § 19, Rittau, WStG, Anm. 6 zu § 19, OLG Schleswig in NZWehrR 1959, S. 144; so auch schon RMG 20, 236, RKG 1, 40.

b) subjektiver Tatbestand

Der Täter, der Untergebene, muß den objektiven Tatbestand vorsätzlich verwirklichen; dabei genügt aber "dolus eventualis"¹. Der Untergebene muß also wissen oder zumindest billigend in Kauf nehmen, daß er den Befehl eines militärischen Vorgesetzten nicht befolgt und dadurch eine schwerwiegende Folge herbeiführt; hinsichtlich der schwerwiegenden Folge wird die Strafbarkeit jedoch schon durch den Vorwurf der Fahrlässigkeit (s. § 19 Abs. IV WStG) begründet. Dem Täter muß zur Kenntnis gelangen, daß ein Befehl erteilt worden ist. Ist der Befehl aus irgend einem Grunde nicht zugegangen, dann ist schon deshalb der Vorsatz nach § 19 WStG ausgeschlossen. Irrt der Untergebene über seine Soldateneigenschaft oder über die Vorgesetzteneneigenschaft des Befehlenden oder deshalb über die Befehlsqualität der Anweisung, weil er glaubt, es handele sich nur um einen Scherz, eine Belehrung, einen Ratschlag oder einen Wunsch, dann unterliegt er einem Tatbestandsirrtum, der nach § 59 Abs. I StGB² den Vorsatz ausschließt³.

¹ v. Richthofen, WStG, Erl. 4 zu § 19, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 8 zu § 19.

² § 59 StGB ist über § 3 Abs. I WStG anwendbar.

³ so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 6 zu § 19, Rdn. 21, 33 zu § 1, Rdn. 11 zu § 2, Arndt, Grundriß, S. 194, Schreiber, WStG, Nr. 10 zu § 1 WStG, v. Kitzlauff in WVR 1957, S. 87, v. Richthofen, WStG, Erl. 2 bb zu § 2; so auch schon Dams aaO, S. 71.

Beispiel: Bei einer Nachtübung erteilt ein Zugführer den Befehl "Sammeln" in der auf dem Gefechtsfeld üblichen Weise durch Winken mit dem rechten Arm. Ein Rekrut glaubt wegen der Dunkelheit irrig, der Winkende sei nicht sein Zugführer, sondern einer seiner Kameraden, oder er glaubt irrig, das Winken sei ein freundschaftliches Zuwinken zu einem anderen Unteroffizier des Zuges. Er befolgt deshalb das Gebot "Sammeln" nicht; wegen eines Tatbestandsirrtums ist hier der Vorsatz aus § 19 WStG ausgeschlossen¹.

Ein Tatbestandsirrtum liegt auch dann vor, wenn der Untergebene den Inhalt des Befehls verkennt, weil er sich verhält, verliert oder weil Übertragungsfehler bei der Nachrichtenübermittlung vorkommen und deshalb eine andere als die befohlene Handlung ausführt; er unterliegt hier einem Tatbestandsirrtum über das Merkmal "befolgen"², weil er glaubt, den Befehl - so wie er ihn verstanden hat - richtig befolgt zu haben. In den Fällen des Tatbestandsirrtums kann der Untergebene aber gegebenenfalls nach § 21 WStG bestraft werden, wenn seine irrije Annahme auf Leichtfertigkeit beruhte.

2. Das leichtfertige Nichtbefolgen eines Befehls (§ 21 WStG)

Im Gegensatz zu § 19 WStG, der das vorsätzliche Nichtbefolgen eines Befehls unter Strafe stellt, regelt § 21 WStG den Fall des leichtfertigen Nicht-

¹ vgl. auch das Beispiel bei Schreiber, WStG, Nr. 10 zu § 1.

² Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 7 zu § 19.

befolgens eines Befehls; auch hier muß zur Begründung der Strafbarkeit die schwerwiegende Folge wenigstens fahrlässig herbeigeführt werden.

Der Begriff der Leichtfertigkeit in § 21 WStG hat die Bedeutung von grober Fahrlässigkeit¹. Die Leichtfertigkeit des Untergebenen kann darin bestehen, daß er einen Befehl vergißt, der ihm früher wiederholt bekanntgemacht worden war² oder daß er sich grob fahrlässig die Befolgung des Befehls unmöglich macht³. Der Vorwurf der Leichtfertigkeit kann aber auch dann gegen ihn erhoben werden, wenn er in grob fahrlässiger Weise einem Tatbestandsirrtum unterlegen ist.

3. Die vorsätzliche oder fahrlässige Wachverfehlung (§ 44 WStG)

Die in § 44 Abs. I Nr. 1 bis 3 WStG aufgeführten Pflichtverletzungen innerhalb des Wachdienstes sind bezüglich der Pflichtverletzung in § 44 Abs. I Nr. 1 WStG überwiegend, in den Fällen des § 44 Abs. I Nr. 2, 3 WStG stets Sonderfälle des Ungehorsams im Sinne der §§ 19, 21 WStG⁴. Deshalb soll diese Sonderregelung auf dem Gebiet des militärischen Ungehorsams im Rahmen dieser Arbeit kurz untersucht werden.

¹Schreiber, WStG, Nr. 1 zu § 21, v. Richthofen, WStG, Erl. 2 zu § 21, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 2 zu § 21.

²so Schreiber, WStG, Nr. 1 zu § 21, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 21.

³Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 21.

⁴Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 44.

a) objektiver Tatbestand

§ 44 WStG findet nur auf einen beschränkten Kreis von Personen, auf Soldaten im Wachdienst Anwendung. Der Wachdienst beginnt mit der "Vergatterung"¹ und endet mit dem Augenblick der Wachablösung². Der Täter muß eine der Pflichtverletzungen des § 44 Abs. I Nr. 1 bis 3 WStG³ begangen haben; diese Pflichtverletzungen äußern sich in der Regel in der Nichtbefolgung eines Wachbefehls in der Form einer allgemeinen Dienstanweisung oder einer Wachanweisung für den Einzelfall. Auch das Herbeiführen einer schwerwiegenden Folge ist hier Tatbestandsmerkmal.

b) subjektiver Tatbestand

Eine Bestrafung nach § 44 WStG ist gegeben, wenn die Ungehorsamshandlung entweder vorsätzlich (s. § 44 Abs. I WStG) oder fahrlässig (s. § 44 Abs. IV WStG) vorgenommen wird. Die schwerwiegende Folge muß wenigstens fahrlässig herbeigeführt worden sein (s. § 44 Abs. I, III, IV WStG).

Die vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung bei Sonderaufträgen (§ 45 WStG)

Bei der Pflichtverletzung des Führers eines Kommandos mit selbständig auszuführendem Sonderauftrag nach

¹ zu diesem Begriff vgl. Schreiber in NZWehrR 1961, S. 186 in einer Anmerkung zu dem Urteil des Amtsgerichts Oldenburg v. 11. 11. 1960.

² vgl. hierzu Rittau, WStG, Anm. 2, 3 zu § 44 und Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 7 zu § 44.

³ hierzu ausführlich Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 8 ff zu § 44.

§ 45 Ziff. 1 bis 3 WStG handelt es sich meist um das Nichtbefolgen von Befehlen; insoweit ist § 45 WStG "lex specialis" zu § 19 WStG¹. Die Begehungsarten des § 45 WStG ähneln denen des § 44 WStG; es besteht lediglich der Unterschied, daß hier der Führer eines Kommandos mit Sonderauftrag, der auf seine erhöhte Verantwortung hingewiesen worden ist, als potentieller Täter in Frage kommen kann. Da im übrigen § 45 auf § 44 WStG verweist, darf ebenfalls auf die Ausführungen zu § 44 WStG Bezug genommen werden.

II. Ungehorsamsdelikte mit besonders demonstrativer Form der Verletzung der Gehorsamspflicht

1. Die Gehorsamsverweigerung (§ 20 WStG)

a) objektiver Tatbestand

§ 20 WStG stellt die besonders disziplingefährdende Art des Ungehorsams unter Strafe. Dabei spielt es keine Rolle, ob durch die Gehorsamsverweigerung eine schwerwiegende Folge herbeigeführt worden ist².

Der objektive Tatbestand des § 20 WStG kennt zwei Fallagen (s. § 20 Abs. I Ziff. 1 und 2 WStG).

¹Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 18 zu § 19.

²v. Richthofen, WStG, Erl. 1 zu § 20, Arndt, Grundriß, S. 197.

Der objektive Tatbestand des § 20 Abs. I Ziff. 1 WStG ist gegeben, wenn der Untergebene die Befolgung des Befehls eines militärischen Vorgesetzten dadurch verweigert, daß er sich mit Wort oder Tat gegen ihn auflehnt. Das Tatbestandsmerkmal der Verweigerung ist erfüllt, wenn der Untergebene erkennbar zum Ausdruck bringt, daß er den Befehl nicht befolgen wolle; die tatsächliche Nichtbefolgung des Befehls gehört demnach nicht zum objektiven Tatbestand des § 20 Abs. I Ziff. 1 WStG, es genügt die Kundgabe des Willens zum Ungehorsam¹. Bei nachträglichem Befolgen des Befehls trotz vorhergegangener Verweigerung des Gehorsams kann das Gericht nach § 20 Abs. II WStG die Strafe mildern oder von einer Strafe absehen.

Der Gehorsam kann nur gegenüber dem befehlenden Vorgesetzten selbst, einem Befehlsübermittler oder einem die Ausführung des Befehls überwachenden Soldaten verweigert werden². Bloßes Schimpfen oder sonstige Unmutsäußerungen im Kameradenkreise können daher wegen des fehlenden offenen Affronts gegen den Vorgesetzten noch nicht als Gehorsamsverweigerung gewertet werden³.

Die Kundgabe des Willens zum Ungehorsam, die Verweigerung des Gehorsams muß zudem noch demonstrativen Charakter tragen, der Untergebene muß sich mit Wort oder Tat gegen den Befehl auflehnen.

¹Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 3 zu § 20, Arnold in NZWehrR 1959, S. 58.

²Rittau, WStG, Anm. 2 zu § 20, Schreiber, WStG, Anm. 2 zu § 20, Arnold in NZWehrR 1959, S. 59, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 20.

³vgl. Schreiber, WStG, Anm. 2 zu § 20, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 4 zu § 20, v. Richthofen, WStG, Erl. 4 zu § 20, Arnold in NZWehrR 1959, S. 60.

Beispiel: Der Gruppenführer befiehlt beim Geländedienst "Volle Deckung". Der Schütze S aber entgegnet: "Ich denke nicht daran, ich bin zu müde und mache jetzt eine halbe Stunde Pause" (Auflehnung durch Wort), oder der Schütze S bleibt nach dem Befehl demonstrativ stehen und tippt mit dem Finger auf die Stirn (Auflehnung durch Tat).

Auch eine betont lässige Ausführung eines Befehls kann eine Auflehnung durch Tat, damit eine Gehorsamsverweigerung darstellen, "wenn der Untergebene durch sein Gesamtverhalten erkennbar seinen Willen zum Ausdruck bringt, den Befehl nicht so auszuführen, wie es einer ordnungsgemäßen Ausführung entspricht und wie er ihn auszuführen in der Lage wäre"¹.

Der objektive Tatbestand des § 20 Abs. I Ziff. 2 WStG ist erfüllt, wenn der Untergebene einen Befehl seines Vorgesetzten nicht befolgt, obwohl der Befehl mindestens zweimal hintereinander erteilt worden ist. Hier wird also das Beharren auf dem Ungehorsam unter Strafe gestellt. Die Ausführung des Befehls muß aber im Zeitpunkt der Wiederholung des Befehls noch möglich sein². Zusätzliches Auflehnen oder ausdrückliches Verweigern des Gehorsams wird jedoch nicht gefordert³.

¹Rittau, WStG, Anm. 2 zu § 20.

²vgl. Arndt, Grundriß, S. 198, Schreiber, WStG, Anm. 5 zu § 20, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 9 zu § 20.

³so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 9 zu § 20, v. Richthofen, WStG, Erl. 6 zu § 20.

b) subjektiver Tatbestand

Für beide Tatbestandsvariationen des § 20 Abs. I WStG ist Vorsatz erforderlich. Bezüglich der Kenntnis des Vorliegens eines Befehls, der Vorgesetzten- und der Untergebeneneigenschaft wie auch für das Bewußtsein des Nichtbefolgens genügt bedingter Vorsatz¹. Für die Verweigerung des Gehorsams nach § 20 Abs. I Ziff. 1 WStG ist jedoch "dolus directus" nötig². Hier legt der Untergebene ja gerade Wert darauf, dem Vorgesetzten seinen Willen zum Ungehorsam zu offenbaren. Eine diesbezügliche Absicht des Täters ist jedoch - schon nach dem Wortlaut des § 20 Abs. I Ziff. 1 WStG - nicht notwendig³.

Hinsichtlich des Irrtums über die Tatbestandsmerkmale "Befehl", "Untergebener", "Vorgesetzter" und "Befolgen" darf auf die Erörterungen zu § 19 WStG verwiesen werden.

2. Die in Gemeinschaft mit anderen begangene Gehorsamsverweigerung durch Meuterei (§ 27 WStG) und die Verabredung zur Gehorsamsverweigerung oder Meuterei (§ 28 WStG)

a) Die Meuterei nach § 27 WStG ist wegen ihrer besonders augenfälligen Disziplinverletzung und der dadurch bedingten Gefährdung der Einsatzbereit-

¹so Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 11 zu § 20, unklar v. Richthofen, WStG, Erl. 7 zu § 20, wonach bedingter Vorsatz begrifflich ausscheiden soll.

²so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 11 zu § 20.

³so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 11 zu § 20, anders aber insofern Arndt, Grundriß, S. 198.

schaft und Schlagkraft der Truppe mit schwerer Strafe bedroht.

Im Rahmen dieser Arbeit ist nur die Tatbestandsvariation der Zusammenrottung von Soldaten zur Begehung einer Gehorsamsverweigerung von Interesse. Es müssen hierbei mindestens zwei Soldaten¹ räumlich zusammentreten², um in gemeinschaftlicher Ausführung³ den Tatbestand einer Gehorsamsverweigerung nach § 20 WStG zu verwirklichen.

b) Nach § 28 WStG wird auch die Verabredung von mindestens zwei Soldaten, gemeinschaftlich eine Gehorsamsverweigerung (§ 20 WStG) oder eine Meuterei (§ 27 WStG) zu begehen, als eine besonders disziplingefährdende Verhaltensweise schon im Vorbereitungsstadium erfaßt und unter Strafe gestellt.

§ 20 Die disziplinarrechtlichen Sanktionen des Ungehorsams (einfacher Ungehorsam)

Die Fälle des Nichtbefolgens eines verbindlichen Befehls, die weder durch den Eintritt einer schwerwiegenden Folge noch durch einen besonders demonstrativen, disziplingefährdenden Charakter gekennzeichnet sind,

¹ so die amtliche Begründung zu § 27 WStG, abgedr. bei Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 3 zu § 27, so auch schon RMG 3, 128 zu § 106 MStGB.

² vgl. hierzu Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 5 zu § 27.

³ vgl. hierzu Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 9 zu § 27.

können dennoch als Dienstvergehen des - einfachen - Ungehorsams nach § 23 Abs. I i. V. mit § 11 Abs. I S. 1 SG geahndet werden. Zur Begründung einer disziplinarischen Ahndung genügt es, wenn der Untergebene mindestens fahrlässig¹ seine in § 11 Abs. I S. 1 SG statuierte Gehorsamspflicht verletzt hat.

I. Ahndung des Ungehorsams durch Belehrung, Warnung, Zurechtweisung oder sonstige zulässige Maßnahmen (s. § 21 Abs. I WDO)

Der Disziplinarvorgesetzte (s. §§ 16 ff WDO) hat nach pflichtgemäßem Ermessen (s. § 6 Abs. II WDO) zu entscheiden, ob er wegen des Dienstvergehens des Ungehorsams nicht zunächst eine förmliche Belehrung, Warnung oder Zurechtweisung ausspricht (s. § 21 Abs. I WDO) bzw. wegen dieses Dienstvergehens eine besondere erzieherische Maßnahme² als andere zulässige Maßnahme i. S. des § 21 Abs. I WDO verhängt. Für die Zulässigkeit dieser besonderen erzieherischen Maßnahmen werden nach dem Erlaß des Bundesministeriums der Verteidigung vom 20. 2. 1965 Voraussetzungen festgelegt, nach denen ein innerer Zusammenhang (sogenannte Kongruenz) zwischen Art der Maßnahme und der dienstlichen Verfehlung bestehen, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden muß, diese Maßnahme keinen Strafcharakter tragen und nicht die Menschenwürde des Untergebenen antasten darf³. Im Wege der besonderen erzieherischen

¹Scherer, SG, Anm. I 2 zu § 23.

²vgl. hierzu Erlaß des BMVtdg vom 28. 1. 1958, neu gefaßt am 20. 2. 1965 über die "Erzieherischen Maßnahmen", vgl. auch v. Mitzlaff in NZWehrR 1961, S. 49 ff.

³vgl. hierzu BDH, Wehrdienstsenat in NZWehrR 1965, S. 38 ff, v. Mitzlaff in NZWehrR 1961, S. 49 ff und BGH in NZWehrR 1960, S. 173.

Maßnahmen kann der Disziplinarvorgesetzte z. B. härteren Dienst oder zusätzlichen Dienst in der dienstfreien Zeit anordnen.

II. Ahndung des Ungehorsams als Dienstvergehen durch Disziplinarstrafen (s. § 6 Abs. I i. V. mit den §§ 10 ff, 43 ff WDO)

Die Ungehorsamshandlung des Untergebenen kann aber auch nach der Ermessensentscheidung des zuständigen Disziplinarvorgesetzten (s. § 6 Abs. I S. 1 WDO) als Dienstvergehen durch Disziplinarstrafen geahndet werden. Einfache Disziplinarstrafen nach den §§ 10 ff WDO (Verweis, strenger Verweis, Soldverwaltung, Geldbuße, Ausgangsbeschränkung, Arrest) verhängt der zuständige Disziplinarvorgesetzte (s. § 17 WDO).

Die Verhängung von Laufbahnstrafen nach den §§ 43 ff WDO hingegen bleibt nach § 6 Abs. I S. 1 WDO den Wehrdienstgerichten, d. h. den Truppendienstgerichten und den Wehrdienstsenaten beim Bundesdisziplinarhof (s. § 50 WDO) vorbehalten.

III. Sofortmaßnahmen des unmittelbaren Vorgesetzten¹

Dem unmittelbaren Vorgesetzten², der nicht zugleich Disziplinarvorgesetzter ist, steht noch die Möglichkeit offen, bei einer Ungehorsamshandlung des Unter-

¹vgl. dazu Marignoni, Die Möglichkeiten des militärischen Vorgesetzten zur Sicherung der Disziplin, in NZWehrR 1964, S. 49 ff und Schreiber, Recht, S. 134 ff.

²oben S. 7.

gebenen aus Gründen der sofortigen erzieherischen Wirkung gewisse Sofortmaßnahmen einzuleiten, die an die Stelle einer Meldung zur disziplinarischen Bestrafung treten. Der Erlaß des Bundesministeriums der Verteidigung vom 20. 2. 1965 ermächtigt alle Vorgesetzten, unter anderem die "Verlängerung eines Übungsabschnittes" zu befehlen, die Vorgesetzten, die mindestens den Dienstgrad eines Feldwebels bekleiden, unter bestimmten Voraussetzungen "Bewegungsübungen", "zusätzliche schriftliche Ausarbeitungen" und in Ausnahmefällen auch "zusätzlichen Wiederholungsdienst" anzuordnen. Durch diese Maßnahmen wird die persönliche Autorität des befehlenden Vorgesetzten besser und wirkungsvoller zur Geltung gebracht als durch eine Meldung zur disziplinarischen Bestrafung.

Außerdem ist der unmittelbare Vorgesetzte auch berechtigt, bei einer Ungehorsamshandlung seiner Untergebenen seine Befehle in einer den Umständen angemessenen Weise durchzusetzen (s. § 10 Abs. V S. 2 SG). In äußersten Notfällen kann der befehlende unmittelbare Vorgesetzte dabei körperliche Gewalt oder Waffengewalt anwenden¹. Außerdem kann der befehlende Vorgesetzte zur Aufrechterhaltung der Disziplin den Untergebenen wegen eines Dienstvergehens des Ungehorsams vorläufig festnehmen, wenn der zuständige Disziplinarvorgesetzte oder ein Angehöriger des militärischen Ordnungsdienstes nicht auf der Stelle erreichbar sind (s. § 9 Abs. II Ziff. 2 lit. a WDO). Die vorläufige Festnahme wie auch die Anwendung von Waffengewalt sollten aber "ultima ratio" sein, wenn es gilt, auf das Nichtbefolgen eines Befehls zu reagieren².

¹Scherer, SG, Anm. VII 2 d zu § 10 und Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 37.

²so Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 37, vgl. Baden-v. Mitzlaff, WDO, S. 99 ff.

5. Teil: Der Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls

§ 21 Allgemeines

In dem vorangegangenen Teil der Arbeit ist bereits ausgeführt worden, daß der ungehorsame Untergebene rechtswidrig handelt, wenn der nicht befolgte Befehl verbindlich war. Jedoch besteht die Möglichkeit, daß der ungehorsame Soldat einem Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls unterlegen ist. Dieser Irrtum hat in § 22 WStG eine gesonderte Regelung erfahren.

Die Irrtumsregelung des § 22 WStG war bisher auf den militärischen Bereich beschränkt. Im allgemeinen Strafrecht fand sich lediglich eine Parallele zu § 22 Abs. I S. 2 WStG in § 109 b Abs. V S. 2 StGB. Eine dem § 22 Abs. II u. III WStG vergleichbare Bestimmung fehlte aber bislang im allgemeinen Strafrecht. Durch die Neufassung des § 113 StGB durch das 3. StrRG vom 20. 5. 1970 (BGBl. I, S. 505) hat der Gesetzgeber nun aber in § 113 Abs. III S. 2 StGB eine dem § 22 Abs. I S. 2 WStG, in § 113 Abs. IV StGB eine dem § 22 Abs. II u. III WStG vergleichbare Irrtumsregelung getroffen.

§ 113 Abs. III S. 2 StGB, der in Anlehnung an § 22 Abs. I S. 2 WStG geschaffen worden ist, stellt klar, daß es sich bei der irrtümlichen Annahme der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung bei tatsächlicher Rechtswidrigkeit der Handlung um keinen Fall handelt, der nach den Grundsätzen des untauglichen Versuchs zu lösen ist, sondern nach den Grundsätzen des Wahndelikts¹. Damit ist derselbe Erfolg er-

¹ vgl. Schönke-Schröder, Nachtrag zur 15. Auflage, Drittes Gesetz zur Reform des Strafrechts, Rdn. 43 zu § 113.

reicht, den für § 113 a. F. StGB die Rechtsprechung durch die Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung erzielte, bei der die irrige Annahme ihres Vorliegens keine Strafbarkeit auslösen konnte¹. Auch § 22 Abs. I S. 2 WStG, der den relativ seltenen Fall des Irrtums regelt, daß der ungehorsame Soldat einen in Wahrheit unverbindlichen Befehl für verbindlich hält, gelangt durch die ausdrückliche Straffreierklärung des Untergebenen zum gleichen Ergebnis.

§ 113 Abs. IV StGB lehnt sich an die Gedankengänge des § 22 Abs. II u. III WStG an. Die im allgemeinen Strafrecht neue Bestimmung orientiert sich - ähnlich der Regelung des § 22 Abs. II u. III WStG - an den Grundsätzen, die von der Rechtsprechung zum Verbotsirrtum entwickelt worden sind². Diese Übertragung gewisser Verbotsirrtumsgrundsätze auf die Widerstandsfälle läßt dabei offen, ob es sich bei der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung bzw. der Verbindlichkeit eines Befehls im militärischen Bereich um einen Rechtfertigungsausschließungsgrund oder um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handelt, verankert aber zusätzliche Gesichtspunkte, die in § 113 Abs. IV StGB auf die Interessen der Vollstreckungsorgane, in § 22 Abs. II u. III WStG auf die militärischen Interessen Rücksicht nehmen. Während § 113 Abs. IV StGB als zusätzliches Kriterium die sog. Rechtsbehelfsklausel einführt³, liegt bei § 22 Abs. II u. III WStG die Modifizierung darin, daß nicht in allen Fällen die Unvermeidbarkeit des Irrtums im Sinne der Straffreiheit honoriert wird; in den Fällen des § 22 Abs. III WStG geht nämlich der ungehorsame Untergebene, der einem nicht vorwerfbaren Irrtum über die Verbindlichkeit des nicht befolgten Befehls unterlegen ist, nicht straffrei aus,

¹ BGHSt 4, 163 ff.

² vgl. Schönke-Schröder, Nachtrag zur 15. Aufl., Rdn. 44 zu § 113.

³ Schönke-Schröder, Nachtrag zur 15. Aufl., Rdn. 46 zu § 113.

sondern er kann nur nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs milder bestraft werden.

§ 113 Abs. IV StGB wie auch § 22 Abs. II u. III WStG enthalten eine den besonderen Verhältnissen angepaßte, daher abschließende Irrtumsregelung, die ein auch nur ergänzendes Zurückgreifen auf die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zum Verbotsirrtum verbietet¹.

Die auf dem Gebiet der wehrstrafrechtlichen Sanktionen geltende Regelung des Irrtums über die Verbindlichkeit muß auch für den Bereich der bloßen disziplinarischen Ahndung des Ungehorsams als Dienstvergehen nach § 23 Abs. I i. V. mit § 11 Abs. I S. 1 SG gelten². Hierfür bietet die Aussage des § 11 Abs. I S. 3 2. Halbsatz SG immerhin einen gewissen Anhaltspunkt, da diese Bestimmung den Weg für die Regelung des § 22 Abs. III WStG vorzeichnete. Außerdem ist nicht einzusehen, warum im Bereich der disziplinarischen Ahndung des Ungehorsams ein nach § 22 Abs. II, III WStG beachtlicher Irrtum nicht berücksichtigt werden sollte; das Hinzutreten qualifizierter Merkmale (schwerwiegende Folge, demonstratives Auflehnen etc.) rechtfertigt nicht eine von der Regelung des § 22 Abs. I S. 2, II, III WStG abweichende Behandlung des Irrtums über die Verbindlichkeit. Bei bloßer disziplinarischer Ahndung des Nichtbefolgens eines Befehls muß daher die Regelung des § 22 Abs. I S. 2, II, III WStG entsprechend angewandt werden; die disziplinarische Bestrafung des Ungehorsams kann deshalb bei Vorliegen eines Irrtums über die Verbindlichkeit entfallen bzw. gemildert werden³.

¹ zu § 113 n. F. StGB vgl. 9. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, S. 310, BTDrucksache VI/502, 6. Wahlperiode, S. 6, Dreher in NJW 1970, S. 1158, zu § 22 WStG vgl. die amtl. Begründung des § 22 WStG, abgedr. in BTDrucks. 3040, 2. Wahlperiode, S. 31.

² so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 5 und 10 zu § 22, Scherer, SG, Anm. II 4 zu § 11, v. Richthofen, WStG, Erl. 4 zu § 22.

³ Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 10 zu § 22.

Der Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls kann aus den verschiedensten Motivationen zustande kommen. Es empfiehlt sich daher, bei der Untersuchung dieses Problemkreises differenziert vorzugehen. Im folgenden sollen deshalb - entsprechend der Systematik der Fälle der Unverbindlichkeit eines Befehls - die hierzu korrespondierenden Irrtumsfälle geprüft werden.

§ 22 Die irrtümliche Annahme von Unverbindlichkeitsgründen, die eine Pflicht zur Nichtbe-
folgung begründen

I. Die irrtümliche Annahme, durch die Ausführung des Befehls werde ein Verbrechen oder Vergehen begangen (§ 22 Abs. II WStG)

Die rechtliche Behandlung dieses Irrtums in § 22 Abs. II WStG weicht von dem Grundsatz ab, daß der Untergebene das Risiko seines Irrtums über die Verbindlichkeit zu tragen habe. Nach § 22 Abs. II WStG bleibt der einen verbindlichen Befehl nicht ausführende Untergebene dann straflos, wenn ihm die irrtümliche Annahme, durch die Ausführung des Befehls werde der Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens verwirklicht, nicht zum Vorwurf gemacht werden kann. Diese Regelung erschien dem Gesetzgeber deshalb geboten, weil der Untergebene sich in diesem Fall in einer besonderen psychischen Zwangslage befindet: befolgt er den Befehl, dann befürchtet er, infolge der Bestimmung des § 5 Abs. I WStG

wegen der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens selbst zur Verantwortung gezogen werden zu können, bleibt er aber untätig, dann setzt er sich möglicherweise der Bestrafung wegen Ungehorsams aus. Diesen Konflikt löst das Wehrstrafgesetz dadurch, daß es gemäß § 22 Abs. II WStG die Strafbarkeit des Ungehorsams dann entfallen läßt, wenn der Untergebene in nicht vorwerfbarer Weise irrtümlich annimmt, sich bei Befolgen des Befehls wegen der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens strafbar zu machen und deshalb irrtümlich glaubt, der Befehl sei aus diesem Grunde unverbindlich. Allerdings muß die geschilderte Zwangslage in der Vorstellung des Untergebenen wirklich vorhanden sein, d. h. er muß davon überzeugt sein, daß er durch die Ausführung des Befehls in irgendeiner Begehungsform (Täter, Mittäter, Gehilfe)¹ rechtswidrig und schuldhaft den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens erfüllen würde; er darf auch nicht glauben, daß der Befehl jegliches Tun rechtfertige oder entschuldige².

Die in der Vorstellung des Untergebenen existierende Zwangslage muß auch von kausaler Bedeutung für das Nichtbefolgen des Befehls sein³. Dies ist aus dem eindeutigen Wortlaut des § 22 Abs. II WStG ("..., weil er irrig annimmt, daß ...") abzuleiten. Nur die solchermaßen motivierte Ungehorsamshandlung wird nach § 22 Abs. II WStG privilegiert.

¹Schwaiger aaO, S. 204.

²Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 8 zu § 22.

³Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 9 zu § 22.

Bei dem Irrtum nach § 22 Abs. II WStG kann es sich sowohl um einen Tatsachen- als auch um einen Bewertungsirrtum handeln¹. Der Untergebene muß demnach aus irgendeinem Grunde die Überzeugung gewinnen, bei Ausführung des Befehls ein Verbrechen oder Vergehen verüben zu müssen. Dabei kann ihm eine exakte Einordnung der Tat im Sinne des § 1 StGB nicht zugemutet werden; es genügt, wenn er im Wege der sogenannten "Parallelwertung in der Laiensphäre" glaubt, daß die Begehung eines "ernsthaften kriminellen Unrechts" und nicht nur einer "strafrechtlichen Geringfügigkeit" befohlen wurde².

Dieser Irrtum darf dem Untergebenen auch nicht vorgeworfen werden. Hat der Untergebene bei gehöriger Anspannung aller ihm zur Verfügung stehenden geistigen Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen³ diejenige Sorgfalt angewandt, die von ihm als Soldat verlangt werden kann, hat er - falls er dazu in der Lage war - Bedenken geäußert bzw. sich Belehrung verschafft⁴, ist er aber immer noch der festen Überzeugung, der Befehl zielle auf die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens ab, dann kann ihm dieser Irrtum nicht vorgeworfen werden; § 22 Abs. II WStG kommt ihm zugute mit der Folge, daß eine Bestrafung nach §§ 19 bis 21 WStG entfällt bzw. daß er wegen seines Ungehorsams nicht disziplinarisch zur Rechen-

¹ Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 8 zu § 22.

² Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 8 zu § 22, vgl. das Beispiel bei Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 45.

³ so BGHSt 2, 194 ff.

⁴ Jescheck, Befehl, S. 88, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 10 zu § 22.

schaft gezogen werden kann. Nicht vorwerfbar ist z. B. auch ein Irrtum, der auf einer falschen Belehrung beruht¹. Auch die recht flüssige Grenze zwischen Übertretungen bzw. Ordnungswidrigkeiten und Vergehen² muß bei der Vorwerfbarkeit des Irrtums nach § 22 Abs. II WStG berücksichtigt werden. Für den juristisch meist nicht gebildeten Untergebenen ist es oft schwierig, zwischen erheblichem kriminellen Unrecht und bloßem Bagatelunrecht zu unterscheiden, wenn die rechtliche Qualifizierung der befohlenen Tat als Vergehen oder Übertretung bzw. Ordnungswidrigkeit³ von besonders schweren oder leichten Fällen, von subjektiven, täterschaftlichen Merkmalen (z. B. "grob verkehrswidrig", "rücksichtslos" in § 315 c Abs. I Ziff. 2 StGB) oder von schwer festzustellenden Tatumständen (z. B. "Gemeingefahr" in § 315 a Abs. I StGB) abhängt. Zudem hat im Strafrecht die Auffassung darüber, was als Vergehen oder Übertretung zu werten sei, mehrfach gewechselt⁴. Auch "de lege ferenda" kann sich ein solcher Wandel abzeichnen; so soll z. B. die Übertretung des § 370 Abs. I Ziff. 5 StGB nach dem Entwurf 1962 (s. § 242 Abs. II i. V. § 12 Abs. II) zum Vergehen erhoben werden. Daher darf die irrige, laienhaft getroffene

¹vgl. hierzu das Beispiel bei Schreiber, WStG, Anm. 2 zu § 22.

²vgl. die zahlreichen Grenzfälle bei Wegener in NZWehrR 1959, S. 132 ff.

³hierzu Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 7 zu § 5.

⁴so Pittau, WStG, Anm. 3 zu § 5.

Entscheidung des Untergebenen, es handele sich bei der befohlenen Handlung um ein Vergehen, nicht aber um eine - in Wahrheit vorliegende - Übertretung oder Ordnungswidrigkeit, diesem nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn er sonst alle Verstandeskräfte aktiviert hat.

Befiehlt z. B. der Vorgesetzte während einer eiligen Dienstfahrt dem Fahrer, auch an unübersichtlichen Stellen, Straßenkreuzungen oder Straßeneinmündungen mit erhöhter Geschwindigkeit zu fahren, befolgt der Untergebene aber diesen Befehl nicht, weil er irrtümlich glaubt, der Befehl ziele auf die Begehung eines Vergehens nach § 315 c Abs. I Ziff. 2 lit. d StGB und nicht nur auf die Begehung einer Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG i. V. mit § 9 Abs. I S. 2 StVO ab, dann darf ihm dieser Irrtum nicht vorgeworfen werden.

Trifft den Untergebenen hingegen hinsichtlich seines Irrtums ein, wenn auch nur geringer Vorwurf, dann besteht keine Möglichkeit, unter Anwendung der Regeln über den Verbotsirrtum den Strafraum nach § 44 StGB entsprechend dem Grad der Schuld bzw. der Vorwerfbarkeit zu verschieben, da die Bestimmung des § 22 WStG eine auf die Besonderheiten des militärischen Lebens abstellende, abschließende Sonderregelung darstellt¹. Der vorwerfbare Irrtum nach § 22 Abs. II WStG kann deshalb nur bei der Strafzumessung, jedoch nur innerhalb des ordentlichen Strafraums Berücksichtigung finden². Anders als bei dem Handeln

¹ so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 10 zu § 22 und die amtl. Begründung zum Entwurf des § 22 Abs. II WStG, abgedr. in BTDrucks. 3040, 2. Wahlperiode, S. 31; a. M. v. Richthofen, WStG, Erl. 7 zu § 22, unge-
neu Rittau, WStG, Anm. 3 zu § 22, der sich auf § 5 Abs. II WStG beruft.

² so auch die amtl. Begründung zum Entwurf des § 22 Abs. II WStG, abgedr. in BTDrucks. 3040, 2. Wahlperiode, S. 31 und Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 10 zu § 22.

auf Befehl (s. § 5 Abs. II WStG) hat der Gesetzgeber bei der Fassung des § 22 Abs. II WStG bezüglich des vorwerfbaren Irrtums keine Möglichkeit der Milderung der Strafe nach Versuchsgrundsätzen vorgesehen. Der Gesetzgeber ging nämlich von der berechtigten Annahme aus, daß in Zweifelsfällen der Grundsatz der Gehorsampflicht den Ausschlag geben sollte - das Handeln auf Befehl wird in den Fällen, in denen der Untergebene Zweifel an der Verbindlichkeit des Befehls hegt, der Verweigerung des Gehorsams vorgezogen; nur beim Handeln auf Befehl wird das Risiko der Eigenverantwortung herabgesetzt (s. § 5 Abs. II WStG). Die in den Motiven¹ zum Ausdruck gelangte Auffassung des Gesetzgebers wie auch der klare Wortlaut des § 22 Abs. II WStG verbieten daher bei einem vorwerfbaren Irrtum die Möglichkeit der Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen.

II. Die irrtümliche Annahme, der Befehl verletze eine allgemeine Regel des Völkerrechts

Die strafrechtliche bzw. disziplinarrechtliche Bewertung des Irrtums eines Untergebenen darüber, daß ein Befehl nicht mit einer allgemeinen Regel des Völkerrechts i. S. des Art. 25 GG vereinbar und deshalb unverbindlich sei, glaubt die Literatur² aus § 22 Abs. III WStG entnehmen zu können. Zunächst spricht der

¹ amtliche Begründung zum Entwurf des § 22 Abs. II WStG, abgedr. in BTDrucks. 3040, 2. Wahlperiode, S. 31.

² ausdrücklich v. Richthofen, WStG, Erl. 8 zu § 22, soweit die allgem. Regel des Völkerrechts nicht mit Strafe bewehrt ist; anscheinend auch Dreher in JZ 1957, 396, Arndt, Grundriß, S. 193, Rittau, WStG, Anm. 4 zu § 22, Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 11, 13 zu § 22, da diese diesen Irrtum nicht gesondert bei § 22 Abs. II behandeln.

Wortlaut des § 22 Abs. III WStG für diese Ansicht, daß es sich um die irrtige Annahme der Unverbindlichkeit "aus einem anderen Grunde" als dem in § 22 Abs. II WStG genannten handelt. Dennoch bestehen an der Richtigkeit dieser Meinung Zweifel.

Soweit der Untergebene irrtümlich glaubt, der Befehl verstoße gegen eine mit Strafe bewehrte allgemeine Regel des Völkerrechts, sich also bei Ausführung der Gefahr einer Bestrafung nach innerstaatlichem Recht oder nach dem Recht des Feindstaates ausgesetzt sieht, muß dieser Irrtum schon direkt nach § 22 Abs. II WStG behandelt werden¹; der Untergebene würde sich in der Mehrzahl dieser Fälle seiner Vorstellung nach eines Verbrechens (z. B. Totschlag) oder Vergehens (z. B. Diebstahl, Sachbeschädigung) schuldig machen.

Beispiel: Nach Art. 46 Abs. II der Haager Landkriegsordnung (= HLKO) darf in besetzten Feindgebieten Privateigentum nicht eingezogen werden. Die Bewohner eines besetzten Dorfes empfangen über den Rundfunk Widerstandsbefehle ihrer Regierung. Der Ortskommandant befiehlt daraufhin seinen Soldaten, sämtliche Rundfunkgeräte zu beschlagnahmen und bei Widerstand notfalls Gewalt anzuwenden. Ein Soldat weigert sich, diesen Befehl auszuführen, weil er der Meinung ist, er würde unter Verletzung der oben angeführten, als allgemeine Regel des Völkerrechts anerkannten Bestimmung der Haager Landkriegsordnung zum Raub (§ 249 StGB) angestiftet. In diesem Fall ist die Gehorsamsverweigerung nach § 22 Abs. II WStG nicht strafbar, wenn dem Soldaten nicht nachgewiesen werden kann, daß er Art. 53 Abs. II HLKO kannte oder nach Belehrung hätte kennen müssen, wonach die Beschlagnahme von Nachrichtengerät ohne weiteres zulässig ist².

¹ so wohl auch v. Richthofen, WStG, Erl. 8 zu § 22, der die Anwendung des § 22 Abs. III nur dann als richtig betrachtet, wenn die Regel des Völkerrechts nicht mit Strafe bewehrt ist.

² Beispiel bei Metzner in WK 1959, S. 492.

Zu prüfen bleibt aber noch, ob § 22 Abs. II WStG nicht zumindest analog auch für die Regelung des Irrtums über die Völkerrechtsgemäßheit des Befehls dann anzuwenden ist, wenn der Untergebene zwar einen Befehl irrtümlich für unverbindlich hält, weil er gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts verstoße, ihm aber keine Bestrafung bei Ausführung droht. Nimmt z. B. der Untergebene irrigerweise an, der gegebene Befehl verletze das als allgemeine Regel des Völkerrechts anerkannte Verbot des Mißbrauchs des Rotkreuzabzeichens, dann kann er bei Ausführung nicht bestraft werden, da ein Verstoß gegen diese Regel nach innerdeutschem Recht noch nicht unter Strafe gestellt ist; allerdings wird nach Art 49 des I. Genfer Abkommens gefordert, daß die Vertragsparteien Verstöße gegen das Genfer Rotkreuz-Abkommen nach innerstaatlichem Recht bestrafen sollen. Jescheck¹ plädiert sogar dafür, daß alle allgemeinen Regeln des Völkerrechts, soweit sie die Kriegsführung betreffen, unter Strafschutz gestellt werden sollten. Jedoch auch bei Fehlen einer Strafdrohung befindet sich der Untergebene in einer Zwangslage, die ihm - anders als bei den übrigen Fällen des § 22 Abs. III WStG - gar keine andere Wahl läßt, als diesen Befehl nicht zu befolgen. Eine verfassungsrechtliche Verhaltensnorm (Art. 25 S. 2 GG) zwingt ihn, diesen Befehl nicht auszuführen und an dessen Stelle die allgemeine Regel des Völkerrechts zu beachten. Abgesehen von der Strafdrohung ist hier die psychische Zwangslage ähnlich der in § 22 Abs. II WStG privilegierten, denn auch dort hat der Untergebene nicht zwischen zwei Alternativen zu wählen,

¹Jescheck, Befehl, S. 83.

sondern glaubt, den Befehl nicht ausführen zu dürfen, weil eine strafrechtliche Verhaltensnorm dies zwingend erfordere. Darauf abzustellen, ob dem Untergebenen bei Ausführung Strafe drohe, hieße den gewissenhafteren Soldaten, der die allgemeine Regel des Völkerrechts auf Grund seines unvermeidbaren Irrtums einzuhalten versucht, benachteiligen und den trägeren, oberflächlicheren Soldaten bevorzugen, der generell die Befehle seiner Vorgesetzten befolgt und nur bei Furcht vor - offensichtlicher - Bestrafung sich ungehorsam zeigt. Zudem besteht noch die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber entsprechend der vertraglichen Verpflichtung aus Art. 49 des I. Genfer Abkommens zumindest die Verstöße gegen die Regeln der Genfer Abkommen unter Strafdrohung stellt und auf diese Weise den Großteil der allgemeinen Regeln des Völkerrechts mit einer Strafbewehrung versieht. Ist daher schon "de lege ferenda" die Möglichkeit einer direkten Anwendung des § 22 Abs. II WStG für den Fall der irrtümlichen Annahme eines Verstoßes gegen eine nach der geltenden Rechtslage noch nicht mit Strafe bewehrte allgemeine Regel des Völkerrechts gegeben, so muß wegen der ähnlichen psychischen Zwangslage des Untergebenen "de lege lata" § 22 Abs. II WStG zumindest analog bei solchen Irrtumsfällen angewendet werden.

Auch unter dem Gesichtspunkt des im Strafrecht geltenden Schuldprinzips¹ rechtfertigt sich eine analoge Anwendung des § 22 Abs. II WStG, da in diesen Irrtumsfällen das schuldlos irrende Gewissen verpflichtende Kraft besitzt, der Untergebene gar keine andere Möglichkeit hat, als seinem Gewissen zu folgen und den Befehl nicht auszuführen; eine Bestrafung wegen Unge-

¹vgl. hierzu Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961.

horrorsams würde in diesen Fällen die personale Würde des Menschen mißachten¹. Schließlich spricht auch der Umstand, daß Befehle, die eine allgemeine Regel des Völkerrechts verletzen, hinsichtlich ihrer Unverbindlichkeit den strafrechtswidrigen Befehlen gleichgestellt werden, für eine Gleichbehandlung in der Frage des Irrtums und somit für eine analoge Anwendung des § 22 Abs. II WStG; da bezüglich der Unverbindlichkeit des Befehls die Bewehrung der allgemeinen Regel des Völkerrechts keine Bedeutung erlangte, sollte von diesem Kriterium auch keine unterschiedliche Behandlung in der Frage des Irrtums abhängig gemacht werden. Die rechtliche Bewertung der irrtümlichen Annahme des Untergebenen, der Befehl verletze eine allgemeine Regel des Völkerrechts, ist daher im Fall der Bewehrung der Regel direkt nach § 22 Abs. II WStG, im Fall der Nichtbewehrung analog § 22 Abs. II WStG vorzunehmen.

Bei der Vorwerfbarkeit dieses nach § 22 Abs. II WStG zu behandelnden Irrtums ist vor allem zu berücksichtigen, daß der Soldat keine juristisch ausgefeilte, detaillierte Kenntnisse aus dem Gebiet des Völkerrechts besitzen kann². Glaubt der Untergebene z. B. irrtümlich, ein Befehl sei unverbindlich, weil er gegen eine ihm bekannte allgemeine Regel des Völkerrechts verstoße, während in Wahrheit der Verstoß durch den völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrund der militärischen Notwendigkeit oder durch die völkerrechtliche

¹ A. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 140.

² hierzu oben S. 56 f.

Notwehr gerechtfertigt ist, dann wird ihm dieser Irrtum nicht vorzuwerfen sein. Bei der Prüfung der Vorwerfbarkeit ist daher ein individueller Maßstab anzulegen, der vom Rang und der Stellung, dem Bildungsstand und der völkerrechtlichen Unterrichtung des Untergebenen abhängig ist¹.

III. Die irrtümliche Annahme, der Befehl sei wegen grundlegender Veränderung der Sachlage unverbindlich und dürfe nicht befolgt werden

Aus den Ausführungen zur Unverbindlichkeit eines Befehls wegen grundlegender Veränderung der Sachlage² ließ sich entnehmen, daß solche Befehle in besonders gestalteten Fallagen nicht befolgt werden dürfen. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn klar voraussehbare, schwerwiegende Folgen für eigene Truppen oder erhebliche Beschädigungen eigenen Kriegsmaterials durch die Befolgung des Befehls eintreten könnten. In diesen Fällen würde sich der Untergebene wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens (Totschlag) oder Vergehens (Körperverletzung, Sachbeschädigung) strafbar machen. Bei der irrtümlichen Annahme, die Sachlage habe sich grundlegend verändert und der Befehl dürfe nicht befolgt werden, rechnet der Untergebene daher mit einer Bestrafung, wenn er den Befehl dennoch ausführt. Auch hier ist also die in der Vorstellung des Untergebenen sicher zu erwartende Bestrafung wegen eines Verbrechens oder Vergehens Motivation des Ungehorsams. Deshalb ist für diese Fallage eine direkte Anwendung des § 22 Abs. II WStG geboten.

¹ vgl. Württenberger in MDR 1948, S. 272 zur Frage der Vorwerfbarkeit des Irrtums bei Handeln auf Befehl.

² hierzu oben S. 129 ff.

Muß z. B. der Batteriechef, der den Befehl erhalten hat, um 17 Uhr eine bestimmte Ortschaft zu beschießen, auf Grund einer glaubhaften, aber falschen Aussage eines Spähtrupps annehmen, um 16.30 Uhr seien bereits wieder eigene Truppen in dieses Dorf eingedrungen, und befolgt er deshalb den gegebenen Befehl nicht, um Verluste bei den eigenen Truppen zu vermeiden, dann kann ihm dieser Irrtum nicht vorgeworfen werden; er bleibt nach § 22 Abs. II WStG straffrei.

§ 23 Die irrtümliche Annahme von Unverbindlichkeitsgründen, die ein Recht zur Nichtbefolgung des Befehls begründen (§ 22 Abs. III WStG, § 11 Abs. I S. 3 Halbsatz 2 SG)

Die rechtliche Behandlung des Irrtums darüber, ein Befehl sei unverbindlich und brauche nicht befolgt zu werden, ist in § 22 Abs. III WStG enthalten und in § 11 Abs. I S. 3 2. Halbsatz SG angedeutet. Die Unverbindlichkeit von Befehlen, bei denen - entsprechend der oben ausgearbeiteten Systematik¹ - die Nichtbefolgung des Befehls nicht zur Pflicht erhoben wird, ist nämlich eine Unverbindlichkeit aus "anderen Gründen" i. S. des § 22 Abs. III WStG. § 22 Abs. III WStG trifft daher auf diejenigen Fälle zu, in denen ein Untergebener einen Befehl irrig für unverbindlich hält, weil er etwa glaubte, seine Menschenwürde oder andere Grundrechte seien offensichtlich verletzt oder der Befehl diene privaten Zwecken. Nach den Intentionen des Ge-

¹ oben S. 60 ff.

setzgebers soll der Soldat gehalten werden, bei solchen Befehlen mit spontanem Ungehorsam vorsichtig zu sein und in den Fällen, in denen er keine Gewißheit über die Unverbindlichkeit des Befehls besitzt, zu gehorchen¹. Deshalb wird dem Untergebenen in diesen Fällen das volle Risiko des Irrtums aufgebürdet; er handelt auf eigene Gefahr, wenn er irrtümlich annimmt, daß ein Befehl aus einem der in Teil 2 2. Kapitel dieser Arbeit² aufgeführten Gründe unverbindlich sei. Nach § 22 Abs. III WStG tritt in all diesen Fällen Bestrafung bzw. disziplinare Ahndung ein; insofern war der Weg schon durch § 11 Abs. I S. 3 2. Halbsatz SG vorgezeichnet. Lediglich bei unverschuldetem, nicht vorwerfbarem Irrtum kann die Bestrafung bzw. die disziplinare Ahndung gemäß § 22 Abs. III WStG nach den Grundsätzen über die Bestrafung des Versuchs (s. § 44 StGB) gemildert werden.

Hält z. B. ein Soldat irrig den im Rahmen der Gefechtsausbildung erteilten Befehl, auf einem vom Regen aufgeweichten Gelände "volle Deckung" zu nehmen, für unverbindlich, weil der Befehl menschenunwürdig sei, so wird er bei nachfolgender Gehorsamsverweigerung ohne eine Möglichkeit der Milderung nach § 22 Abs. III WStG aus § 20 WStG bestraft. Der Irrtum des Soldaten vermag keine Anwendung des § 22 Abs. III WStG zu begründen, da der Untergebene bei vernünftiger Überlegung hätte erkennen müssen, daß das im Rahmen der Gefechtsausbildung zu übende "In-Deckung-Gehen" auf regennassem Gelände keinen entehrenden oder schikanösen Charakter trägt.

¹Scherer, SG, Anm. II 4 zu § 11.

²s. oben S. 60 ff.

Auch der Irrtum darüber, daß ein Befehl unverbindlich sei, weil der Vorgesetzte offensichtlich seine sachlich beschränkte Befehlsbefugnis überschritten habe, ist als Irrtum aus "anderen Gründen" nach § 22 Abs. III WStG zu behandeln. Arndt¹ möchte diesen Irrtum als Tatbestandsirrtum nach § 59 StGB lösen, weil der Untergebene über die Vorgesetzteneigenschaft irre. Dieser Ansicht kann aber nicht gefolgt werden, da der Untergebene nicht über die Vorgesetzteneigenschaft irrt, sondern glaubt, der Vorgesetzte überschreite seine sachlich beschränkte Befehlsbefugnis und dadurch annimmt, der Befehl sei unverbindlich².

Wegen des Irrtumsrisikos soll daher der Soldat in jenen Fällen, in denen er sich im Zweifel über die Verbindlichkeit des Befehls befindet, zunächst gehorchen und sich erst anschließend beschweren; auch auf diese Weise kann er den Sachverhalt letztlich vor seinen gesetzlichen Richtern bringen³.

Durch die Regelung des § 22 Abs. III WStG erfährt das im Strafrecht geltende Schuldprinzip eine bedeutsame Ausnahme⁴; auch bei einem nicht vorwerfbarem Irrtum wird der Untergebene - lediglich mit der Möglichkeit der Milderung nach Versuchsgrundsätzen - bestraft.

¹so Arndt, Grundriß, S. 194 und in GA 1957, S. 52.

²so auch die amtl. Begründung zum Entwurf des § 2 Nr. 2 WStG, abgedr. in BTDrucks. 3040, 2. Wahlperiode, S. 15.

³v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 89.

⁴Daß das reine Schuldprinzip auch im allgemeinen Strafrecht nicht absolut verwirklicht worden ist (z. B. bei unbewußter Fahrlässigkeit, Sicherungsverwahrung), hat A. Kaufmann, Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961, schon dargelegt.

Diese für das Wehrrecht geltende Ausnahme muß im Interesse der Aufrechterhaltung der Disziplin und der Schlagkraft der Truppe getroffen werden¹. Anders als in den Fällen des § 22 Abs. II WStG werden mit der Ausführung von Befehlen, von denen der Soldat irrtümlich annimmt, daß er sie nicht zu befolgen brauche, keine schutzwürdigen Interessen oder Rechtsgüter Dritter verletzt. Der Soldat glaubt nur irrtümlich, in seinen eigenen Rechten beeinträchtigt zu werden. Könnte der Soldat die vermeintliche Verletzung persönlicher Rechte über seine Gehorsampflicht stellen, dann würde er seinen, von der Rechtsordnung nicht anerkannten Wertmaßstab zum Gesetz seines soldatischen Handelns erheben²; das reibungslose Ineinandergreifen von Befehl und Gehorsam, das zu einer nachhaltigen und wirk-samen Verteidigung erforderlich ist, wäre dadurch gefährdet. Der Soldat soll daher durch die Regelung des § 22 Abs. III WStG gezwungen werden, dann zu gehorchen, wenn er lediglich Zweifel an der Verbindlichkeit des Befehls hegt. Dieser Standpunkt geht auch aus der Begründung zu § 9 des Entwurfes zum Soldatengesetz hervor: "Es geht militärisch nicht an, Ungehorsam gegen rechtmäßige und verbindliche Befehle deshalb hinzunehmen, weil der Untergebene sie falsch beurteilt"³. Auch die Begründung zu § 22 des Entwurfes zum Wehrstrafgesetz⁴ führt unter ähnlichen Überlegungen aus, daß in

¹so auch Jescheck, Befehl, S. 88, vgl. v. Richthofen, WStG, Erl. 8 zu § 22.

²v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 89.

³BTDruks. 1700, 2. Wahlperiode, S. 21.

⁴BTDruks. 3040, 2. Wahlperiode, S. 31.

den Fällen des § 22 Abs. III WStG "die allgemeine militärische Notwendigkeit des Gehorsams" überwiege. Die Durchbrechung des Schuldprinzips durch die Fassung des § 22 Abs. III WStG muß daher aus militärischen Erwägungen als gerechtfertigt angesehen werden.

Die Schärfe des § 22 Abs. III WStG kann aber in manchen Fällen des unverschuldeten Irrtums zu kaum vertretbaren Härten führen, so z. B. dann, wenn der Untergebene wegen einer eindeutigen, aber objektiv falschen Belehrung einem Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls "aus anderen Gründen" unterliegt. Nach § 22 Abs. III WStG müßte der den Befehl nicht ausführende Untergebene wegen Ungehorsams bestraft werden, wenngleich auch die Möglichkeit einer Milderung der Strafe nach Versuchsgrundsätzen gegeben ist. Eine Korrektur dieser Härtefälle ist aber bei einer wehrstrafrechtlichen Sanktion des Ungehorsams durch § 153 StPO (Einstellung des Strafverfahrens wegen geringfügigkeit)¹ oder im Bereich der disziplinaren Anwendung, die von dem Opportunitätsprinzip beherrscht wird², durch eine entsprechende Ermessensentscheidung möglich (vgl. die §§ 24 Abs. I, 6 Abs. II WDO).

¹ so Schreiber, WStG, Anm. 4 zu § 22.

² Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 22.

§ 24 Die irrtümliche Annahme von Unverbindlichkeitsgründen, die die Befolgung des Befehls als unmöglich erscheinen lassen

Glaubt der Untergebene irrtümlich, ein Befehl sei deshalb unverbindlich, weil seine Ausführung objektiv unmöglich sei, er offensichtlich überfordert werde oder ein anderer, inhaltlich widersprechender Befehl vorliege, dann ist auch dieser Irrtum über die Verbindlichkeit als ein Irrtum "aus anderen Gründen" nach § 22 Abs. III WStG zu beurteilen.

Nimmt z. B. der Untergebene bei einem Befehl zur Sprengung einer Brücke irrtümlich an, diese Brücke sei bereits gesprengt oder existiere in Wirklichkeit gar nicht, dann bleibt er bei Nichtausführung des Befehls wegen Ungehorsams strafbar bzw. kann deswegen disziplinar zur Rechenschaft gezogen werden; ist ihm dieser Irrtum nicht vorzuwerfen, dann besteht gemäß § 22 Abs. III WStG die Möglichkeit einer Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen (s. § 44 StGB). Unterliegt der ungehorsame Untergebene einem Irrtum darüber, daß er durch die Ausführung des Befehls offensichtlich überfordert gewesen wäre, dann kann die bloße Annahme, seine Körperkräfte reichten zur Verwirklichung des Befehlsinhalts nicht aus, die Vorwerfbarkeit dieses Irrtums alleine noch nicht ausschließen¹.

¹Schreiber, Befehlsbefugnis, S. 38; so schon RMG 14, 156.

Generell ist auch der Fall der irrtümlichen Annahme, es liege ein späterer, inhaltlich widersprechender Befehl vor und deshalb sei der frühere Befehl unverbindlich, nach der Regelung des § 22 Abs. III WStG zu lösen. Ein Ausnahmefall kann aber bei tatsächlich vorliegenden widersprechenden Befehlen dann gegeben sein, wenn der Untergebene ohne Möglichkeit der Benachrichtigung eines der befehlenden Vorgesetzten irrtümlich den unverbindlichen Befehl A für verbindlich, den verbindlichen Befehl B aber für unverbindlich hält und dabei befürchtet, daß bei einer Nichtbefolgung des Befehls A eine schwerwiegende Folge eintrete¹. In diesem Fall glaubt der Untergebene, bei Nichtausführung des vermeintlich verbindlichen Befehls A sich der Gefahr einer Bestrafung wegen Ungehorsams nach § 19 WStG auszusetzen. Dieselbe psychische Zwangslage verlangt hier eine analoge Anwendung des § 22 Abs. II WStG². Ist daher in dem angeführten Beispiel dem Untergebenen der Irrtum nicht vorzuwerfen, dann geht er bezüglich des Nichtbefolgens des in Wahrheit verbindlichen Befehls B in entsprechender Anwendung des § 22 Abs. II WStG straffrei aus.

¹Beispiel bei Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 22.

²so auch Dreher-Lackner-Schwalm, WStG, Rdn. 13 zu § 22.

§ 25 Die irrtümliche Annahme von Unverbindlichkeitsgründen, die von der Rechtsordnung nicht anerkannt sind

Nicht auszuschließen ist die Möglichkeit, daß der Untergebene irrigerweise einen Unverbindlichkeitsgrund annimmt, der von der Rechtsordnung nicht anerkannt ist. Er glaubt z. B. irrig, die Befehle eines angetrunkenen Vorgesetzten seien schon wegen des Alkoholeinflusses unverbindlich. Befehle angetrunkenener Vorgesetzter sind aber grundsätzlich verbindlich und rechtmäßig, wenn nicht zusätzliche Kriterien, z. B. ein Verstoß gegen die Menschenwürde, gegeben sind¹. Auch aus der Möglichkeit der Existenz verbindlicher, aber rechtswidriger Befehle können ähnliche Irrtumsfälle erwachsen. Vertritt z. B. der Untergebene irrigerweise die Meinung, ein Befehl, der die Begehung einer Übertretung oder Ordnungswidrigkeit zum Inhalt hat oder gegen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches verstößt, sei deshalb schon unverbindlich, dann konstruiert er einen Unverbindlichkeitsgrund, den die Rechtsordnung nicht kennt; der Befehl zur Begehung von Bagatelunrecht oder zivilem Unrecht ist zwar rechtswidrig, aber verbindlich².

Die irrtümliche Annahme eines von der Rechtsordnung nicht anerkannten Unverbindlichkeitsgrundes muß nach § 22 Abs. III WStG einer rechtlichen Bewertung unter-

¹Schreiber in NZWehrR 1959, S. 19 f und in NZWehrR 1965, S. 5 und 8.

²oben S. 162 ff.

zogen werden, denn auch dieser Irrtum ist ein Irrtum "aus anderen Gründen" im Sinn des § 22 Abs. III WStG¹. Bei der Vorwerfbarkeit ist aber u. a. die doch recht schwankende Grenze zwischen Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit eines Befehls zu berücksichtigen. Allerdings ist zu beachten, daß die Soldaten zumindest über die Frage der Verbindlichkeit von Befehlen, die auf die Begehung von Übertretungen oder Ordnungswidrigkeiten abzielen, eingehend unterrichtet und belehrt werden. Es sind jedoch Fälle denkbar, bei denen dieser Irrtum nicht vorwerfbar sein kann, und daher die Möglichkeit einer Strafmilderung nach § 22 Abs. III WStG besteht.

Beispiel: Ein Rekrut erhält am zweiten Tag seines Wehrdienstes den Befehl, bei der Befragung durch den Batteriefeldwebel falsche Angaben über seinen Beruf zu machen. Da er hierüber noch nicht belehrt und unterrichtet worden ist, glaubt er irrtümlich, diesen Befehl nicht befolgen zu müssen; in Wahrheit ist dieser Befehl, da er nur die Begehung einer Übertretung nach § 360 Abs. I Ziff. 8 StGB zum Gegenstand hat, verbindlich, aber rechtswidrig.

¹ so wohl auch v. Richthofen, WStG, Erl. 8 zu § 22; zur rechtlichen Bewertung der irrtümlichen Annahme eines von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes im allgemeinen Strafrecht s. Schönke-Schröder, StGB, Anm. 81 ff zu § 59.

B) Kritik der geltenden gesetzlichen Regelung des
=====

Ungehorsams
=====

1. Ansatzpunkte für eine Kritik

Die Abweichung der Fassung des § 22 Abs. I S. 1 WStG von der Formulierung des § 11 Abs. I S. 3 SG bietet zunächst Ansatz zu einer Kritik. Die Formulierung des § 11 Abs. I S. 3 SG gibt zu Mißverständlichkeiten Anlaß, da sie offen läßt, ob die Nichtbefolgung eines unverbindlichen Befehls schon den Tatbestand oder lediglich, wie dies aus der "die Sache besser treffenden Formulierung"¹ des § 22 Abs. I S. 1 WStG hervorgeht, die Rechtswidrigkeit des Ungehorsams ausschließt. Auch Rittau² kritisiert den geltenden Rechtszustand, der durch die unterschiedlichen Fassungen der §§ 11 Abs. I S. 3 SG, 22 Abs. I S. 1 WStG recht undurchsichtig geworden sei. Zudem ist eine klare Funktionsteilung zwischen den Aufgaben und Intentionen des Soldatengesetzes und des Wehrstrafgesetzes bezüglich des Ungehorsams des Soldaten anzustreben; die Wiederholung der Befehlslehre in § 22 Abs. I S. 1 WStG widerspricht aber dieser Forderung. Außerdem entspricht die beispielhafte Aufzählung von Fällen der Unverbindlichkeit eines Befehls in den §§ 11 Abs. I S. 3 SG, 22 Abs. I S. 1 WStG nicht mehr den Erkenntnissen der neueren

¹so Neudeck in der 190. Sitzung des BTRrechtsausschusses, 2. Wahlperiode, Prot. Nr. 190, S. 9.

²Rittau, WStG, Vorbem. 2 VI vor §§ 19 - 21; ebenso E. Schmidt in JZ 1960, S. 189.

Lehre zum geltenden Wehrrecht; Rittau¹ bezeichnet daher die gesetzlich angeführten Beispiele als "schlecht gewählt". Endlich bringen auch einige Autoren² Bedenken gegen die Praktikabilität des § 11 Abs. II S. 1 SG vor.

2. Eigene Vorschläge

Da der militärische Befehl als ein Akt hoheitlicher Betätigung außerhalb des Wehrstrafrechts zu qualifizieren ist, liegt es nahe, die Regelung der Frage, welche Befehle keine Gehorsamspflicht auslösen, nicht dem Wehrstrafrecht zu überlassen, sondern die Regelung dieser Frage im Zusammenhang mit der Statuierung der Gehorsamspflicht in § 11 SG vorzunehmen. Hierbei ist der allgemein gebräuchliche Begriff des "unverbindlichen Befehls" zu verwenden; auch das Wehrstrafgesetz knüpft in § 22 Abs. I S. 1 an diese Bezeichnung an. Es empfiehlt sich daher, die jetzige Formulierung des § 11 Abs. I S. 3 SG durch die Aussage zu ersetzen, daß unverbindliche Befehle nicht befolgt zu werden brauchen; eine ähnlich formulierte Bestimmung enthält ja bereits § 11 Abs. II S. 1 SG, wonach die dort bezeichneten Befehle nicht befolgt werden dürfen - der Begriff der Unverbindlichkeit wird jedoch auch in dieser Bestimmung nicht gebraucht.

Die rechtliche Qualifizierung des Nichtbefolgens eines unverbindlichen Befehls, der Ausschluß der Rechtswidrigkeit des Ungehorsams, kann aber der Regelung durch

¹ Rittau, WStG, Vorbem. 2 VI vor §§ 19 - 21.

² Wegener in NZWehrR 1959, S. 136 und Rittau, WStG, Anm. 4 zu § 5.

das Wehrstrafgesetz vorbehalten werden, da dort die Wehrstrafrechtlichen Sanktionen des Ungehorsams geregelt sind. Die Frage des Irrtums über die Verbindlichkeit sollte ebenso der Regelung durch das Wehrstrafgesetz überlassen werden, da diese Frage erst dann relevant wird, wenn dem Untergebenen bei Nichtbefolgung eines Befehls Bestrafung oder disziplinarische Ahndung droht. Dies entspricht zudem der Forderung nach klarer Funktionsteilung zwischen den Aufgaben des Soldatengesetzes und des Wehrstrafgesetzes: das Soldatengesetz statuiert die - öffentlichrechtliche - Gehorsamspflicht des Soldaten und gibt Auskunft über den Umfang dieser Pflicht, das Wehrstrafgesetz hingegen regelt die strafrechtlichen Sanktionen der Verletzung der Gehorsamspflicht und die Frage der Milderung bzw. des Wegfalls der Strafe bei einem Irrtum über die Verbindlichkeit. Der in § 11 Abs. I S. 3 2. Halbsatz SG enthaltene Hinweis darauf, daß ein Irrtum über die Verbindlichkeit nicht von Verantwortung befreie, kann daher unterbleiben; in § 11 Abs. II S. 1 SG ist ohnehin bezüglich des Irrtums über die Verbindlichkeit der dort genannten Befehle keine Aussage getroffen worden. Durch diese klare Trennung der Funktionen des § 11 SG und der §§ 19 bis 22 WStG wird eine unnötige, womöglich mißverständliche Wiederholung vermieden und die ohnehin schwierige Befehlslehre vereinfacht.

Bei der gesetzlichen Regelung der Frage der Unverbindlichkeit eines Befehls in § 11 Abs. I S. 3, Abs. II S. 1 SG ist eine allumfassende Aufzählung der Unverbindlichkeitsgründe aus gesetzestechnischen Gründen

nicht möglich; eine abschließende Aufzählung kann auch deshalb nicht vorgenommen werden, weil die Frage der Unverbindlichkeit in der Rechtsprechung und der Literatur zum Teil noch umstritten ist. Die Fassung des § 11 Abs. I S. 3 SG sollte aber für den Soldaten durch beispielhafte Aufzählung repräsentativer und bedeutender Unverbindlichkeitsgründe einen Anhaltspunkt dafür bieten, wann ein Befehl im Einzelfall als unverbindlich zu betrachten ist. Die Aufzählung des § 11 Abs. I S. 3 SG in der jetzigen Fassung ist aber nicht mehr den Erkenntnissen der neueren Lehre zum Wehrrecht angepaßt. Vor allem ist die Möglichkeit der Unverbindlichkeit wegen Verletzung von Grundrechten im Wehrdienstverhältnis in § 11 Abs. I S. 3 SG nicht berücksichtigt worden, obwohl in den Grundsätzen der "Inneren Führung" das Schlagwort vom "Staatsbürger in Uniform" enthalten und damit ein Hinweis auf die Eigenschaft des Soldaten als Grundrechtsträger gegeben worden ist¹; der Hinweis auf die Unverbindlichkeit des menschenwürdeverletzenden Befehls allein genügt dieser Forderung noch nicht. Für eine Neufassung des § 11 Abs. I SG bietet sich unter Beachtung der vorangegangenen Erörterungen folgende Möglichkeit an:

¹ Zwar ergibt sich die Unverbindlichkeit dieser Befehle aus der entsprechenden Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt, jedoch muß auch für den juristisch nicht vorgebildeten Soldaten, dem sich diese Konsequenzen nicht ohne weiteres aufdrängen, im Interesse der Rechtsklarheit dieser deutliche Hinweis enthalten sein.

§ 11 Gehorsam

- (1) Der Soldat muß seinen Vorgesetzten gehorchen. Er hat ihre Befehle nach besten Kräften vollständig, gewissenhaft und unverzüglich auszuführen. Unverbindliche Befehle brauchen nicht befolgt zu werden; unverbindlich sind Befehle insbesondere dann, wenn sie von Vorgesetzten unter offensichtlicher Überschreitung ihrer sachlich begrenzten Befehlsbefugnis oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt werden, die im Wehrdienstverhältnis uneingeschränkt geltenden Grundrechte verletzen oder die einschränkbaren Grundrechte unverhältnismäßig beeinträchtigen.

Um die Bedenken auszuräumen, die gegen die Praktikabilität des § 11 Abs. II S. 1 SG wegen der schwierigen Abgrenzung zwischen Vergehen und Übertretungen bzw. Ordnungswidrigkeiten angemeldet wurden, müßte man zwischen zwei extremen Lösungsmöglichkeiten wählen.

Es besteht einmal die Möglichkeit, auch Befehle, die auf die Begehung von Übertretungen oder Ordnungswidrigkeiten abzielen, als unverbindlich zu deklarieren, und die Gehorsamspflicht dadurch noch weiter aufzulockern. Ein anderer, entgegengesetzter Lösungsweg könnte darin gefunden werden, für den Untergebenen eine absolute Gehorsamspflicht festzulegen; der Soldat müßte jeden Befehl seines Vorgesetzten ausführen und wäre zum Schutz seiner Rechte auf die Inanspruchnahme des Rechtsbehelfs der - nachträglichen - Beschwerde angewiesen¹. In beiden Fällen wäre eine Grenz-

¹so Schoeder in WK 1956, S. 22 ff.

ziehung zwischen Vergehen und Übertretungen bzw. Ordnungswidrigkeiten ohne Bedeutung.

Die erste Möglichkeit muß aber im Interesse der notwendigen militärischen Disziplin und des reibungslosen Ineinandergreifens von Befehl und Gehorsam als unabdingbare Voraussetzungen für die Schlagkraft der Truppe ausgeschlossen werden. Der angedeutete zweite Lösungsweg ist jedoch ebenso abzulehnen. Durch die völlige Aufhebung der Eigenverantwortlichkeit würde der Soldat des Zuwachses an Würde beraubt, der durch die Einführung der Teilverantwortlichkeit bei der Befehlsausführung geschaffen worden war; die Statuierung der Teilverantwortlichkeit des Befehlsausführenden ging von der Prämisse aus, daß der Untergebene als verständiger Mensch befähigt sei, zwischen offensichtlichem Unrecht und Bagatellunrecht unterscheiden zu können. Die Aufhebung der Eigenverantwortlichkeit des Untergebenen, die mit der Einführung einer absoluten Gehorsamspflicht einherginge, ist aber von dem Gedanken einer fast instrumentalten Bewertung der Persönlichkeit des Befehlsausführenden getragen und stellt deshalb dessen Fähigkeit der Erkenntnis von offensichtlichem Unrecht, damit dessen Würde und Wert als Persönlichkeit in Frage. Weiterhin wäre dieser Lösungsweg schlecht geeignet, dem Mißbrauch der Befehlsbefugnis und der Willkür des Vorgesetzten Schranken zu setzen. Dieser Lösungsweg widerspricht zudem der Grundeinstellung der "Inneren Führung", die weder "denkende Bajonette noch sklavischen Gehorsam"¹ be-

¹ v. Meerkatz in der 190. Sitzung des 2. Deutschen Bundestages, Prot. Nr. 190, S. 10850 - 10853.

fürwortet. Das Interesse an der Aufrechterhaltung der Schlagkraft des Heeres ist vielmehr in Einklang zu bringen mit der Forderung nach grundsätzlicher Beibehaltung der persönlichen Verantwortung für grobe Verstöße gegen die Rechtsordnung. Dem in § 11 Abs. II S. 1 SG aufgezeigten Mittelweg, der beide Interessen berücksichtigt, ist daher zuzustimmen; Befehle, die die Begehung von Bagatellunrecht fordern, sollen auch weiterhin verbindlich bleiben. Die Schwierigkeit der Abgrenzung von Vergehen und Übertretungen bzw. Ordnungswidrigkeiten wird zwar dadurch nicht ausgeräumt, findet jedoch bei der Prüfung der Vorwerfbarkeit des Irrtums genügend Berücksichtigung. Die Formulierung des § 11 Abs. II S. 1 SG könnte deshalb insoweit beibehalten werden. § 11 Abs. II S. 1 SG muß aber noch zusätzlich einen Hinweis auf die Unverbindlichkeit jener Befehle enthalten, die wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts nicht befolgt werden dürfen. Der Hinweis auf diesen wichtigen Unverbindlichkeitsgrund entspricht den neuen Erkenntnissen der Rechtslehre und muß im Interesse der Rechtsklarheit für den juristisch nicht gebildeten Untergebenen in § 11 Abs. II S. 1 SG aufgenommen werden. Bei der Neufassung des § 11 Abs. II S. 1 SG empfiehlt es sich zugleich, die Bezeichnung "unverbindlicher Befehl" einzufügen.

Als Vorschlagsmöglichkeit käme daher folgende Fassung in Betracht:

§ 11 Gehorsam

(1) ...

(2) Befehle, welche die Begehung von Verbrechen oder Vergehen zum Inhalt haben oder gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts verstoßen, sind unverbindlich und dürfen nicht befolgt werden.

Bei einer Neufassung des § 22 Abs. I S. 1 WStG kann eine beispielhafte **Anführung** der Fälle der Unverbindlichkeit militärischer Befehle unterbleiben, weil diese Aufzählung bereits in der vorgeschlagenen Formulierung des § 11 Abs. I S. 3, Abs. II S. 1 StGB mitenthalten ist. § 22 Abs. I S. 1 WStG kann sich daher damit begnügen, unter Verwendung der Bezeichnung "unverbindlicher Befehl" den Ausschluß der Rechtswidrigkeit des Ungehorsams im Fall der Unverbindlichkeit des Befehls auszusprechen.

Bezüglich der Neufassung des § 22 Abs. II u. III WStG drängt sich zunächst ein Vergleich mit dem im allgemeinen Strafrecht neu geschaffenen § 113 Abs. IV StGB auf und damit die Möglichkeit, die authentische Interpretation des Gesetzgebers bezüglich des Irrtums über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung auch auf die wehrstrafrechtliche Irrtumsregelung zu übertragen.

Zunächst ist - im Gegensatz zu § 113 Abs. IV StGB, der alle auftretenden Verbotsirrtumsfälle generell regelt - an der in § 22 Abs. II und III WStG getroffenen Differenzierung festzuhalten. Im Interesse der Aufrechterhaltung der Disziplin und der prompten Befolgung von Befehlen muß die Regelung des § 22 Abs. III WStG dergestalt beibehalten werden, daß dem Untergebenen in den dort erwähnten Fällen grundsätzlich das Irrtumsrisiko aufgebürdet und lediglich bei nicht vorwerfbarem Irrtum eine Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen vorgesehen¹ wird.

Es bleibt zu prüfen, ob nicht de lege ferenda auch in die Regelung des § 22 Abs. II und III WStG entsprechend § 113 Abs. IV StGB eine Rechtsbehelfsklausel eingefügt werden sollte.

¹ oben S. 200 ff.

Die Rechtsbehelfsklausel wurde in § 113 Abs. IV StGB deshalb aufgenommen, um die "plakative Wirkung" einer Irrtumsregelung ohne eine solche Klausel zu entschärfen¹. Hinter der Klausel steht zudem der Gedanke, daß sich der Staatsbürger im Rechtsstaat gegen fehlerhafte, staatliche Akte grundsätzlich zunächst mit den gegebenen Rechtsbehelfen zu wehren hat und nicht sofort zur Selbsthilfe greifen darf²; die staatlichen Hoheitsakte werden grundsätzlich von der Vermutung ihrer Rechtmäßigkeit getragen. Es liegt daher an dem Bürger, diese Vermutung durch Einlegung der gegebenen Rechtsbehelfe zu zerstören.

Diese im Verhältnis Staatsbürger - Hoheitsträger, also im allgemeinen Gewaltverhältnis angestellten Überlegungen müssen umso mehr im besonderen Gewaltverhältnis Untergebener - militärischer Vorgesetzter Geltung besitzen, als dieses von der Forderung nach straffer Disziplin und prompter Befehlsausführung beherrscht ist. Die Schlagkraft der Streitkräfte und die Effizienz der Verteidigungsbereitschaft hängen in hohem Maße davon ab, daß die Intentionen höherer Stäbe und der Vorgesetzten durch prompte Befehlsausführung verwirklicht werden. Um dieses höheren militärischen Interesses willen ist es dem Untergebenen grundsätzlich zuzumuten, bei einem vermeintlich unverbindlichen Befehl zunächst zu gehorchen - so jedenfalls in den Fällen des § 22 Abs. III WStG³ - und erst darauf den zulässigen Rechtsbehelf nach der Wehrbeschwerdeordnung zu ergreifen.

¹ s. Bericht des Sonderausschusses, BTDrucks. VI/502, S. 6.

² Dreher in NJW 1970, S. 1159; vgl. BGH NJW 1953, S. 1639.

³ BTDrucks. 3040, 2. Wahlperiode, S. 31; vgl. auch v. Mitzlaff in WWR 1957, S. 89.

Dieser Grundsatz bedarf daher einer Differenzierung danach, ob es sich um vermeintlich unverbindliche Befehle nach § 22 Abs. II WStG oder § 22 Abs. III WStG handelt, ferner aber auch danach, ob der Befehl sofort auszuführen oder erst zu einem späteren Zeitpunkt zu befolgen ist.

Bei der Regelung des § 22 Abs. III WStG fällt es nicht schwer, eine zusätzliche Rechtsbehelfsklausel zu befürworten. Nach der Absicht des Gesetzgebers soll der Untergebene in den Fällen des § 22 Abs. III WStG zunächst gehorchen und sich erst anschließend beschweren¹. Nur in jenen Fällen, in denen nach der Vorstellung des Untergebenen gerade die Befolgung des Befehls selbst eine menschenunwürdige Erniedrigung oder die Vergewaltigung der eigenen, entgegenstehenden Gewissensentscheidung u. ä. darstellen würde, wäre die Einlegung einer Beschwerde nach Befolgung des Befehls nicht zumutbar, da dem Untergebenen seiner Vorstellung nach ein irreparabler Schaden droht². Die Einlegung eines Rechtsbehelfs ist aber in solchen Fällen dann wieder zumutbar, wenn der Befehl nicht sofort auszuführen wäre. Dem Einfügen einer generellen Rechtsbehelfsklausel in die Regelung des § 22 Abs. III WStG stehen daher keine gewichtigen Bedenken gegenüber; im übrigen bestünde auch die Möglichkeit, daß die Rechtsprechung qua Auslegung des Begriffes "Vermeidbarkeit" auch ohne gesetzliche Regelung zur Anwendung einer Rechtsbehelfsklausel gelangen könnte³. Allerdings muß mit dem zusätzlichen Einfügen

¹BTDrucks. 3040, 2. Wahlperiode, S. 31.

²vgl. Dreher in NJW 1970, S. 1159.

³vgl. zu § 113 n. F. StGB Krüger in der 9. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, S. 319.

einer Rechtsbehelfsklausel dem Gericht auch die Möglichkeit eingeräumt werden, bei Unvermeidbarkeit des Irrtums und Unzumutbarkeit des Einlegens eines Rechtsbehelfs von einer Bestrafung abzusehen, da dann für einen Schuldvorwurf fast kein Raum mehr bleibt.

Bedenken gegen die Aufnahme einer Rechtsbehelfsklausel erheben sich aber bei § 22 Abs. II WStG. Nach der Vorstellung des irrenden Untergebenen darf in den Fällen des § 22 Abs. II WStG der vermeintlich unverbindliche Befehl nicht ausgeführt werden - die Möglichkeit, zunächst zu gehorchen und erst anschließend Beschwerde zu erheben, ist dem Untergebenen seiner Vorstellung nach verwehrt. Es wäre daher absurd, ihn in diesen Fällen auf die Einlegung einer nachträglichen Beschwerde zu beschränken. Dieses Bedenken entfällt aber, wenn der Befehl nicht sofort, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt auszuführen ist, dem Untergebenen also nicht eine sofortige Entscheidung abverlangt wird. In diesen Fällen kann dem Untergebenen die Einlegung einer Beschwerde vor der Befolgung oder Nichtbefolgung des Befehls zugemutet werden. Die Aufnahme einer Rechtsbehelfsklausel in § 22 Abs. II WStG kann demnach nur dann befürwortet werden, wenn der Befehl nicht sofort auszuführen ist und noch Zeit für eine Beschwerdeeinlegung bleibt. Diese Beschränkung müßte auch in einer Neufassung des § 22 Abs. II WStG zum Ausdruck gebracht werden.

Weiterhin ist noch zu bedenken, ob nicht entsprechend der Regelung des § 113 Abs. IV StGB der Begriff "Vorwerfbarkeit" in § 22 Abs. II u. III WStG durch den Begriff "Vermeidbarkeit" abgelöst werden sollte. In der Verbotsirrtumsvorschrift des zweiten Strafrechtsreformgesetzes (§ 17) wird ebenso nicht mehr auf die Vorwerfbarkeit, sondern auf die Vermeidbarkeit des Irrtums ab-

gestellt¹. Der Begriff der Vermeidbarkeit stellt einen objektivierbarerem Begriff dar, ist sachlicher als der Begriff der Vorwerfbarkeit und schließt aus, daß ein Überzeugungstäter nicht schon wegen seiner anderen politischen Einstellung sich mit Erfolg auf einen solchen Irrtum berufen kann. Von diesen Erwägungen ging auch der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform bei seinem Entwurf des § 113 Abs. IV StGB aus². Daher sollte bei einer Gesetzesänderung der Begriff "Vermeidbarkeit" in § 22 Abs. II u. III WStG vorgezogen werden.

Im Interesse der Klarstellung wäre schließlich in § 22 Abs. II WStG noch die Fallgruppe von Befehlen aufzunehmen, die wegen Verstoßes gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts unverbindlich sind.

Für eine Gesetzesänderung de lege ferenda könnte somit in Anlehnung an § 113 n. F. StGB folgender Vorschlag zur Erwägung gestellt werden:

§ 22 Verbindlichkeit; Irrtum über die Verbindlichkeit

- (1) In den Fällen der §§ 19 bis 21 handelt der Untergebene nicht rechtswidrig, wenn der Befehl unverbindlich ist. ...
- (2) Befolgt ein Untergebener einen Befehl nicht, weil er irrig annimmt, durch die Ausführung des Befehls würde ein Verbrechen oder Vergehen begangen oder der Befehl verstoße gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts, so ist er nach den §§ 19 bis 21 nicht strafbar, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte und der Befehl sofort auszuführen war. War der Befehl nicht sofort auszuführen und war es dem Untergebenen nach den ihm bekannten Umständen zuzumuten, sich mit Rechtsbehelfen gegen den vermeintlich unverbindlichen Befehl zu wehren, so kann das Gericht die Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs mildern oder von einer Bestrafung nach den §§ 19 bis 21 absehen.

¹vgl. auch Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform in BTDrucks. VI/502, 6. Wahlperiode, S. 6.

²BTDrucks. VI/502, 6. Wahlperiode, S. 6.

- (3) Befolgt ein Untergebener einen Befehl nicht, weil er irrig annimmt, die Ausführung des Befehls sei aus anderen als den in § 22 Abs. II genannten Gründen nicht verbindlich, so kann die in §§ 19 bis 21 angedrohte Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs gemildert werden, wenn der Untergebene den Irrtum nicht vermeiden konnte, es ihm aber nach den ihm bekannten Umständen zuzumuten war, sich mit Rechtsbehelfen gegen den vermeintlich unverbindlichen Befehl zu wehren. War ihm dies nicht zuzumuten, so kann das Gericht von einer Bestrafung nach den §§ 19 bis 21 absehen.

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen werden durch die Anerkennung der Unverbindlichkeit grundrechtswidriger Befehle der überragenden Bedeutung der Grundrechte im System des Grundgesetzes gerecht. Die Gesetzesänderungsvorschläge entsprechen dadurch ihrer Zielsetzung nach dem Leitbild des "Staatsbürgers in Uniform", einem Leitbild, das die veränderte rechtliche Struktur der Streitkräfte der Bundeswehr und den gewandelten rechtlichen Status des Soldaten der Bundeswehr gegenüber den stehenden Heeren des Absolutismus und der Wehrmacht des Kaiserreiches, der Weimarer Republik und des "Dritten Reiches" widerspiegelt. Die Neuorientierung des militärischen Statusverhältnisses in der Bundeswehr im Bereich des Themas aufzuzeigen und dogmatisch zu erfassen, war Aufgabe dieser Arbeit.

Lebenslauf

Am 16. Dezember 1940 wurde ich als zweites von drei Kindern der Eheleute Elisabeth und Michael Hirschmann in Regensburg geboren. Nach dem Besuch der Volksschule von 1946 bis 1951 trat ich im September 1951 in die Oberrealschule in Regensburg ein. Infolge der Versetzung meines Vaters nach Ansbach/Mfr. wechselte ich im Dezember 1951 in die Oberrealschule Ansbach über. An dieser Schule legte ich auch im Juli 1960 die Reifeprüfung ab.

Vom Oktober 1960 bis September 1962 leistete ich meinen verlängerten Grundwehrdienst ab und schied als Leutnant der Reserve aus der Bundeswehr aus. Auf Grund mehrerer Wehrübungen wurde ich im Oktober 1968 zum Oberleutnant der Reserve befördert.

Im Wintersemester 1962/63 begann ich an der Friedrich-Alexander-Universität in Erlangen das Studium der Rechtswissenschaft, das ich mit dem erfolgreichen Ablegen des 1. juristischen Staatsexamens im Herbst 1966 beendete.

Seit dem Februar 1967 befinde ich mich beim Oberlandesgericht Nürnberg als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst für das 2. juristische Staatsexamen. Im Oktober 1967 nahm ich auch meine Tätigkeit als Assistent am Institut für Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz der Universität Erlangen bei Herrn Prof. Dr. Hubmann auf.

Seit dem 24. Mai 1968 bin ich mit der Diplomsychologin Ursula Hirschmann, geb. Borkholder, verheiratet.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990